

AGOTAMIENTO DE JURISDICCION - Objeto / PRINCIPIO DE ECONOMIA PROCESAL - Para preservarlo se rechazan demandas populares que coinciden en sus pretensiones y en sus fundamentos fácticos / SEGURIDAD JURIDICA - Es ínsita en toda decisión judicial y es el sustrato del ejercicio de la función pública jurisdiccional / UNIDAD DE DERECHO - Es postulado fundamental de la facultad de impartir justicia

La jurisprudencia de esta Sección tiene determinado que si una demanda en acción popular se presenta cuando existe otra en curso con el mismo objeto que ya ha sido notificada al demandado, opera el “agotamiento de la jurisdicción”, hecho que constata el juez a partir de la identidad de actores, pretensiones y hechos. Esta institución procesal fue extrapolada de la construcción que al efecto hiciera la Sección Quinta de esta Corporación en sede de contencioso electoral, sobre la base de que la identidad de demandas -que en acciones populares se presenta cuando el objeto y la causa son los mismos, con independencia de que el actor lo sea o no ya que justamente se trata de una acción pública- comporta causal de anulación del proceso posterior. Ahora, dado que los intereses en juego impiden la simple acumulación de procesos (dada la naturaleza de esta acción y las consecuencias nocivas a nivel de reconocimiento del incentivo que entrañaría) es tarea del juez verificar si el objeto es el mismo. En tal virtud, la aplicación a los juicios populares del instituto del agotamiento de jurisdicción pretende impedir la coexistencia de procesos paralelos en tanto ello entraña una amenaza latente a la igualdad en la aplicación de la ley dado el grave riesgo de decisiones contradictorias. Se persigue, pues, evitar no sólo el innecesario desgaste de la jurisdicción, sino también el poner en tela de juicio la seguridad jurídica ínsita a toda decisión judicial y que es el sustrato del ejercicio de la función pública jurisdiccional (art. 228 CN y art. 1 LEAJ). Por lo demás, el agotamiento de jurisdicción en sede popular busca la guarda de la unidad del derecho como postulado fundamental de la facultad estatal de impartir justicia (iudicare munus publicum est).

NULIDAD POR FALTA DE JURISDICCION - Concepto

Con sujeción a lo expuesto, la Sala no ha dudado en declarar la nulidad de lo actuado en el segundo proceso popular, con arreglo a lo prescrito por el numeral primero del artículo 140 del CPC, aplicable por remisión expresa del artículo 165 del CCA y por el artículo 44 de la ley 472 de 1998 al juicio popular, por “falta de jurisdicción” siempre y cuando previamente se establezca, sin lugar a dubitación alguna, que media identidad de objeto y de causa petendi: “De acuerdo con el numeral 1 del Artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo, el proceso es nulo cuando se adelanta correspondiendo su conocimiento a otra jurisdicción, entendiéndose por falta de jurisdicción ‘el hecho de que el proceso sea conocido por una autoridad judicial de rama diferente a la...contencioso-administrativa’, con mas veras lo será, cuando ya se ha promovido otro proceso sobre el mismo objeto y con la mismas causas habida consideración al hecho de que se ha consumado la jurisdicción. “Los particulares cuando acuden al aparato jurisdiccional con el fin de que se les reconozca un derecho mediante la aplicación del ordenamiento jurídico al caso concreto, el pronunciamiento de fondo del funcionario judicial frente al problema planteado, conlleva a que con el actuar del particular quede agotada la jurisdicción, impidiendo que se pueda presentar ante ésta la misma controversia. “En otros términos, la nulidad debe decretarse cuando se observa por parte del operador judicial que ya ha sido agotada la jurisdicción, previa la determinación de certeza de que existe identidad de partes, objeto y de causa

petendi, en sentencias con efectos inter partes, y de entidad de objeto y de causa tratándose de sentencias con efectos erga omnes.

ACCION POPULAR - Consecuencias de su autonomía / MEDIOS DE DEFENSA JUDICIAL - En acción de tutela y de cumplimiento su existencia torna improcedente estas dos acciones

A diferencia de la acción de tutela que procede sólo cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial salvo que se utilice como mecanismo transitorio (art. 86 inc. 3º y numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991) y de la acción de cumplimiento que es improcedente cuando el afectado tenga otro medio de defensa judicial o cuando la protección de los derechos pueda ser garantizada mediante la acción de tutela (art. 9 de la ley 393 de 1997), la acción popular ostenta el carácter de autónoma o principal, habida consideración de su objeto y por ello su procedencia no está subordinada a que no existan otros medios de defensa judicial. Así lo ha señalado en forma reiterada la jurisprudencia, con apoyo en lo dispuesto por la ley 472 que desarrolla el artículo 88 Constitucional: “La Sala tiene determinado que la acción popular no es subsidiaria, supletiva o residual, conclusión a la que se arriba de lo dispuesto por la ley 472, en particular en el artículo 1º que se ocupa del objeto de la ley, en el artículo 2º que define las acciones populares, en el artículo 9º relativo a la procedencia de las acciones populares y en el artículo 34 que señala el contenido de la sentencia popular. En efecto, la acción popular está dotada de un carácter autónomo o principal, en razón a los móviles, motivos o finalidades de este instituto procesal que no son otros que la efectiva garantía de los derechos constitucionales objeto de tutela colectiva, cuando quiera que se produzca un daño o agravio a un interés cuya titularidad recae en la comunidad, en el marco de un nuevo derecho solidario que responda a fenómenos nuevos en la sociedad, como se indicó en la Constituyente.

ACCION POPULAR EN CONTRATOS ESTATALES - Procedencia para proteger los derechos e intereses colectivos / INTERESES COLECTIVOS - Contra su violación procede la acción popular / CONTRATACION POPULAR - Al comprometer intereses colectivos de diversa índole es pasible de la acción popular

Con esta perspectiva, la jurisprudencia tiene establecida la procedencia de la acción popular cuando la conducta vulnerante del derecho o interés colectivo sea un contrato estatal, toda vez que -como ya se indicó- se trata de un instrumento principal y autónomo que sin duda se constituye en instituto idóneo para la protección de los derechos e intereses colectivos, con independencia de la naturaleza de la conducta vulnerante. En efecto, el inciso segundo del artículo 40 de la ley 472 de 1998 -al regular el incentivo económico en acciones populares sobre moralidad administrativa- dispuso: “Para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso”. En consonancia el artículo 9, al ocuparse de la procedencia de las acciones populares, establece que éstas proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos, supuesto normativo que evidentemente cobija a la actividad contractual del Estado como una modalidad de gestión pública que ha de guiarse entre otros por los principios de moralidad, eficacia, economía, imparcialidad y publicidad, en tanto aquella se constituye en un instrumento básico para el cumplimiento de los fines del Estado.

Por manera que la contratación estatal en tanto compromete intereses colectivos de diversa índole (moralidad, patrimonio público, entre otros) es pasible de ser estudiada en sede popular. Ahora bien, la jurisprudencia y la doctrina revelan posiciones antagónicas en torno a la competencia anulatoria del juez popular respecto del contrato estatal en defensa de los derechos e intereses colectivos, sin embargo, en el caso sub examine esta materia no será objeto de análisis en la medida en que no se discute la legalidad del contrato, sino la conveniencia de algunas de sus cláusulas desde la perspectiva de la defensa de los intereses colectivos.

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA - Existe cuando se demanda a la Nación en acción popular / ESTADO COLOMBIANO - Conformación / NACION - Concepto y conformación / REPRESENTACION JUDICIAL DE LA NACION - Debe determinarse cuál de las entidades públicas que la conforman la tienen en cada acción popular

La Sala advierte que en el sub judice se cumplió con el presupuesto de la legitimación en la causa por pasiva, en cuanto el actor dirigió la demanda, entre otros, contra la Nación, quien tiene vocación jurídica para obrar como demandada en este tipo de procesos populares. Por consiguiente, lo que debe determinarse es quién tiene la representación y no si existe legitimación por pasiva, lo cual depende del organismo o entidad del cual proviene la actuación transgresora que se demanda. En efecto, como advierte la doctrina, el Estado Colombiano está constituido por un conjunto de personas jurídicas de derecho público que ejercen las distintas facetas del poder público (funciones públicas) y dentro de ellas se encuentra la Nación quien “es la persona jurídica principal de la organización estatal en la cual se centraliza el conjunto de dependencias que ejercen las funciones públicas esenciales propias del Estado Unitario”. Así lo previó de vieja data nuestro ordenamiento jurídico al reconocer que la Nación es una persona jurídica (art. 80 ley 153 de 1887), a la cual pertenecen múltiples entidades y dependencias de las distintas ramas del poder público y de los entes autónomos. Pero esa persona jurídica Nación está representada por diversos funcionarios de las distintas ramas del poder público que despliegan las tradicionales funciones públicas legislativa, administrativa y jurisdiccional y de los órganos autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado (vgr. las funciones públicas fiscalizadora y electoral), tal y como lo establece el artículo 149 del CCA (modificado por el artículo 49 de la ley 446 de 1998). Nótese que no puede alegarse falta de legitimación por pasiva cuando la Nación es la entidad demandada, sino lo que hay que determinar es cuál de sus dependencias o entidades está encargada de su representación judicial en una acción colectiva particular y concreta.

COADYUVANCIA EN LO PASIVO - En acciones populares la Ley 472 de 1998 la prohija / ACCION POPULAR - Objeto / DERECHOS COLECTIVOS - Ante demanda en acción popular procede la coadyuvancia activa y pasiva

El artículo 24 de la ley 472 de 1998 faculta a toda persona para “coadyuvar estas acciones”, Una interpretación insular del precepto llevaría a concluir que la ley tan sólo autoriza la coadyuvancia en lo activo y la descarta e impide en lo pasivo, toda vez que alude tan sólo a la coadyuvancia de la acción, o lo que es igual, únicamente respecto de las pretensiones que formule la parte actora. Sin embargo, una segunda lectura del precepto en armonía con la naturaleza, objeto y alcance de esta acción constitucional previstos en otras disposiciones permite concluir que la ley 472 en su conjunto lleva a una conclusión diversa: el ordenamiento jurídico no sólo autoriza la coadyuvancia en lo pasivo, sino que la

prohija. Es de notar que este instituto procesal hoy está concebido como una acción abierta a todos en interés del orden jurídico, toda vez que el interés jurídico por ella tutelado no es individual, sino compartido por un número plural de personas. De ahí la denominación particular de este tipo de derechos, en tanto con ellos se busca la satisfacción de necesidades comunes o de defensa de la comunidad. Así se desprende de lo prescrito en forma categórica por el artículo 1º de la ley 472 que determina que estas acciones están orientadas a garantizar la defensa y protección de intereses colectivos. Sobre los presupuestos anteriores, se ha de reiterar que el objetivo fundamental de estas acciones constitucionales es garantizar uno de los fines esenciales del Estado: la efectividad de los derechos colectivos consagrados en la Constitución (arts. 1, 78, 79, 82 y 88 CN), por lo que en muchos eventos revisten un carácter restitutorio, en orden a volver las cosas al estado anterior a la alegada violación. Esa dimensión singular de los derechos colectivos evidencia la importancia de la apertura del proceso a todo aquel que desee intervenir, sin que ello exija forzosamente, como prima facie podría deducirse del citado artículo 24 de la ley 472, que sea solamente para coadyuvar la demanda popular. Si los derechos rebasan la esfera individual y si la solidaridad es el principio inmanente a estos procesos, la ley debe fomentar cualquier tipo de intervención en los mismos, ya sea para coadyuvar ora para impugnar lo expresado en la demanda. Esa dimensión singular de los derechos colectivos evidencia la importancia de la apertura del proceso a todo aquel que desee intervenir, sin que ello exija forzosamente, como prima facie podría deducirse del citado artículo 24 de la ley 472, que sea solamente para coadyuvar la demanda popular. Si los derechos rebasan la esfera individual y si la solidaridad es el principio inmanente a estos procesos, la ley debe fomentar cualquier tipo de intervención en los mismos, ya sea para coadyuvar ora para impugnar lo expresado en la demanda. Como corolario de lo expuesto, resulta evidente que si se trata de remedios procesales colectivos concebidos para proteger derechos comunitarios, esto es, no circunscritos a una persona en particular, cualquier individuo de la comunidad puede en interés de la misma no sólo acompañar las pretensiones formuladas, sino también está autorizado para impugnar la demanda y en consecuencia coadyuvar al accionado. Al fin y al cabo la sentencia popular terminará por afectar directa o indirectamente a una pluralidad de sujetos, dados sus efectos de cosa juzgada erga omnes (art. 35 de la ley 472).

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Implica que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos aducidos en la demanda / JUEZ POPULAR - Debe respetar el principio de consonancia o congruencia de todo fallo judicial / DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Se vulnera cuando durante el proceso se invocan hechos distintos a los expuestos en la demanda

La Sala tiene determinado que el juez popular también debe respetar el principio de consonancia o congruencia que debe informar todo fallo judicial, en tanto la imparcialidad del juzgamiento exige identidad entre lo decidido, el petitum (las pretensiones) y la causa petendi (los hechos que le sirven de fundamento), aunque -también lo ha resaltado- en sede popular no reviste el carácter absoluto que por regla general tiene, en razón de la naturaleza de la acción y al particular carácter de los derechos objeto de amparo. En cuanto hace específicamente a la causa petendi esta Sala ha señalado que el fallador en sede popular, no obstante sus amplios poderes, tiene restricciones fundadas en el respeto al debido proceso, pues aunque puede pronunciarse sobre el curso que los hechos vayan tomando mientras se tramita el proceso, lo que no le está permitido es invocar otros hechos distintos a los expuestos en el escrito de demanda, pues ello nada menos que significa modificar motu proprio la conducta trasgresora en franca violación del derecho fundamental al debido proceso, a las garantías procesales y al equilibrio

entre las partes, que en sede popular están expresamente protegidos por el artículo 5º de la ley 472. De modo que en punto de la causa petendi el juez popular también debe observar el principio de congruencia (art. 305 CPC) según el cual la sentencia debe estar en consonancia con los hechos aducidos en la demanda que impone la imparcialidad del juez. Identidad jurídica entre lo resuelto y los supuestos fácticos invocados que impone la garantía del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.N.). Principio de congruencia que si bien no reviste en sede popular los visos rígidos y absolutos que lo distinguen en las acciones subjetivas, en todo caso la decisión final debe referirse al curso que vayan tomando los hechos y no se contrae exclusivamente a los indicados en el escrito de demanda, siempre y cuando -ha precisado la Sala- “la conducta que se sigue desplegando sea aquella acusada como trasgresora por el actor popular desde la demanda”.

INTERROGATORIO DE PARTE - No resulta compatible con las acciones populares / DEMANDANTE EN ACCION POPULAR - No está facultado para confesar a nombre de toda la comunidad / CONFESION DE PARTE - No reúne ninguno de los requisitos de eficacia del Código de Procedimiento Civil tratándose de la acción popular

Si bien es cierto que el artículo 29 de la ley 472 de 1998 dispone que para las acciones populares son procedentes los medios de prueba establecidos en el Código de Procedimiento Civil, en relación con estas acciones -justamente por el jaez público que las distingue-, este medio de prueba o este instrumento para provocar la confesión de la otra parte -según el criterio que se adopte- no es admisible cuando está dirigido a la parte actora, en tanto se opone a la naturaleza, fines y características de este instituto constitucional. Prima facie parecería que, tal y como lo establece la legislación procesal civil, esta forma de declaración es procedente en sede popular toda vez que participaría del mismo propósito de la regulación procesal civil (arts. 194 a 210): Interrogar a la contra parte actora para cuestionarla sobre los hechos debatidos en el proceso y de esta suerte lograr que confiese hechos que benefician a la parte contraria (en este caso a la accionada). No obstante, si la finalidad del interrogatorio de parte es obtener la confesión de la parte contraria, éste fin no resulta compatible con las acciones populares respecto de la parte actora, en tanto el accionante no está facultado para confesar a nombre de toda la comunidad, hechos favorables a la parte contraria o perjudiciales al confesante, pues esta eventual confesión afectaría a los demás titulares del derecho o interés colectivo en juego. Adicionalmente, este tipo de “confesión” no reuniría ninguno de los dos requisitos de eficacia previstos por el C.P.C.: -De una parte, el actor popular no tiene la disponibilidad objetiva o poder dispositivo del derecho o interés colectivo en juego, conforme lo establece el artículo 195.1 del CPC, toda vez que este tipo de derechos no son susceptibles de disposición por parte de una persona. Los derechos colectivos son indisponibles e irrenunciables ya que su nacimiento o extinción no penden de la voluntad de un solo individuo, al estar radicados en toda la comunidad y por lo mismo están íntimamente relacionados con el interés colectivo; -De otro lado, tampoco puede afirmarse que le asita al demandante popular legitimación para el acto, vale decir, que ostente autorización legal o convencional para que el demandante en acciones populares la haga a nombre de toda la comunidad (arts. 195.1, 197, 198 del CPC).

MEDIOS PROBATORIOS - Aportarlos al proceso por fuera de los términos legales impide efectuar su valoración / DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Se vulnera si se valoran pruebas a portadas extemporáneamente

Uno de los accionados, aportó con su escrito de alegaciones en primera instancia una serie de documentos. A este respecto, es necesario precisar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 183 del C.P.C., modificado por el artículo 18 de la Ley 794 de 2003, para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señaladas para ello en dicho código. De allí que si un medio de prueba es incorporado a la actuación luego de vencido el término probatorio de que trata el artículo 209 del C.C.A, y éste no fue solicitado oportunamente, no es posible efectuar su valoración sin violentar los derechos fundamentales al debido proceso y a la contradicción, razón por la cual la Sala no estudiará dichos documentos.

COPIA SIMPLE - Carece de valor probatorio / VALORACION PROBATORIA - No es posible realizarla en el caso de copias informales o sin autenticación

La Sala tiene determinado que las copias informales carecen de valor probatorio en los términos del artículo 252 y 254 del Código de procedimiento Civil, dado que las copias simples no son medios de convicción que puedan tener la virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretendan hacer valer ante la jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 254 del C. de P. Civil antes citado. En consecuencia, no hay lugar a acceder las pretensiones primera y segunda de la demanda popular, toda vez que no fueron acreditados los hechos que en este aspecto se soporta el escrito de demanda. Correspondía al actor popular acreditar este aserto y no limitarse a formular aseveraciones sin apoyo probatorio alguno.

DERECHOS COLECTIVOS - Naturaleza / ACCION POPULAR - No procede para ventilar controversias de orden subjetivo o particular entre entidades de naturaleza estatal / ENTIDADES ESTATALES - No pueden utilizar la acción popular para dirimir sus controversias particulares

Esta acción constitucional está diseñada para la defensa especial de los derechos e intereses de la comunidad y, por lo mismo, su procedencia queda supeditada a que se persiga la protección de un bien jurídico diferente al subjetivo: los intereses difusos o colectivos o supraindividuales, de pertenencia difusa que dan lugar a una legitimación colectiva en cabeza de la comunidad, bienes que son a la vez de cada uno y de todos como un “remedio procesal colectivo frente a agravios y perjuicios públicos” en palabras de Sarmiento Palacio. Consiguientemente cabe inferir que la disputa que plantea el actor en el sub lite, en cuanto se refiere a las pretensiones que se estudian, no configura en realidad una amenaza o vulneración efectiva de los derechos colectivos invocados y por lo mismo no es la acción popular el escenario procesal para ventilar controversias de orden subjetivo o particular entre entidades de naturaleza estatal. Se reitera así que la acción popular no obstante su carácter autónomo no es un instituto que puedan utilizar las entidades estatales para dirimir controversias particulares sobre derechos subjetivos que entre ellas se presenten.

CONTRATO CON CUANTIA INDETERMINADA - No configura vulneración de los derechos colectivos invocados / INVERSIONES DE ENTIDADES ESTATALES - No se involucran en el valor del contrato

EMPOSUCRE aduce en la demanda que al haberse dispuesto en la cláusula 8ª que valor del contrato de operación era indeterminado para efectos fiscales, se

afectaron las rentas estatales en beneficio del contratista. En este aspecto, igualmente advierte la Sala que esta cláusula por sí sola no configura vulneración de los derechos colectivos invocados, porque resulta razonable su acuerdo teniendo en consideración que el valor del contrato no es posible de cuantificar ab initio, esto es, al momento de su celebración. La remuneración del operador dependerá de lo que termine recibiendo vía tarifa por concepto de consumo del servicio, sin que sea admisible involucrar en el valor del contrato las inversiones que hacen las entidades estatales para el mejoramiento del sistema de acueducto y alcantarillado, pues evidentemente estas no remuneran los servicios prestados por el contratista, sino que tienen por objeto el beneficio de la comunidad de Sincelejo. Correspondía al actor demostrar que dicha estipulación vulneraba o amenazaba los intereses colectivos que invocó en el escrito de demanda.

SERVICIOS PUBLICOS - Los aportes de la nación y los municipios no es reprochable en acciones populares / JUEZ POPULAR - No le compete formular juicios de conveniencia de las modalidades de contratación estatal / INTERESES COLECTIVOS - Para su tutela es irrelevante analizar la conveniencia de las inversiones estatales

No advierte la Sala que las estipulaciones relacionadas con el régimen económico del contrato antes transcritas, en especial las relativas a los aportes que corresponden al contratista y los que atañen a la Nación y al Municipio (éste último con recursos de ley 715), configuren por sí solas una violación o amenaza a los derechos colectivos que invocó la demanda como infringidos. El hecho de que la Nación haga aportes cuantiosos a efectos de apalancar el plan de obras e inversiones en orden a mejorar la prestación del servicio y que el Municipio comprometa los recursos provenientes del sistema general de participaciones (ley 715) al sistema de acueducto y alcantarillado, no resulta en modo alguno reprochable en esta sede popular. Se explica más bien en el cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y legales de asegurar la prestación de los servicios públicos, en el marco de un Estado Social de Derecho, justamente para hacer efectivos otros derechos colectivos (seguridad y salubridad públicas, acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública y acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna). Por otra parte, no es el juez popular a quien compete formular juicios de valor sobre la conveniencia o no de la modalidad comercial que adopte la administración para el cumplimiento de los fines a su cargo, para así determinar cuál es el mejor sistema de operación de los servicios de acueducto y alcantarillado, o si el que se somete a su estudio resulta más aconsejable desde el punto de vista técnico, administrativo o financiero. El rol del juez popular se contrae a determinar si hay o no afectación a los derechos colectivos, con base en las pruebas obrantes en el proceso, y no en convertirse en el sucedáneo de la autoridad administrativa para que ex post facto evalúe la conveniencia o no de una política pública. En otros términos, no es tarea del juez constitucional determinar si las inversiones (grandes o pequeñas) que demanda el cumplimiento de las disímiles fines a cargo del Estado (art. 2 CN), constituyen o no decisiones acertadas desde el punto de vista administrativo, cuando ello no tiene relevancia desde la perspectiva de la tutela de los intereses colectivos. El papel del juez popular se limita a establecer si dichas decisiones implican o no vulneración del patrimonio público, y para poder establecerlo debe apoyarse estrictamente en el material probatorio aportado al proceso y no en simples apreciaciones de carácter subjetivo.

ENCARGO FIDUCIARIO - Si no está involucrada una entidad estatal no se rige por la ley de contratación / LEY DE CONTRATACION - Se aplica siempre que la parte contratante sea estatal

En desarrollo de lo previsto en la cláusula novena, contentiva de las obligaciones generales del operador, la sociedad Aguas de la Sabana SA ESP y la Fiduciaria Bogotá S.A. celebraron el contrato de encargo fiduciario irrevocable de administración, inversión y pagos para la ejecución del contrato de operación con inversión, cuya copia fue remitida al Tribunal por el gerente de EMPAS y por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Esta cláusula por sí sola no configura violación o amenaza de interés colectivo alguno, además resulta claro que si un particular celebra con otro un contrato, no tiene que estar sometido al estatuto de contratación estatal, de modo que el artículo 32 de la ley 80 sólo resulta aplicable a los encargos fiduciarios que celebran las entidades estatales y por lo mismo no se predica de eventos como éste. No debe olvidarse que de conformidad con lo dispuesto por el parágrafo 1º del artículo 39 de la ley 142, en consonancia con el numeral 39.3 del citado precepto, este contrato de operación se rige por el derecho privado.

RECURSOS ESTATALES A CONTRATO ESTATAL - No constituyen donaciones o auxilios estatales al contratista / ESTADO SOCIAL DE DERECHO - Uno de sus cometidos es la prestación eficiente de los servicios públicos / INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA - Una de sus manifestaciones son los aportes públicos a la infraestructura del servicio de acueducto y alcantarillado

Dice el actor que el negocio jurídico celebrado configura uno de aquellos prohibidos por el artículo 355 CN, en tanto los recursos para financiar las obras provienen sólo del Estado (Municipio y Nación), mientras que al operador sus ingresos constituidos por las tarifas le quedan "libres". Esta imputación no deja de ser una variante más de la ya estudiada con anterioridad en cuanto al régimen económico del contrato, por lo que la Sala se remite a lo allí consignado. Sólo habría que precisar que en este caso no estamos delante de una de las donaciones o auxilios prohibidos por la Constitución en su artículo 355, toda vez que los recursos del orden nacional y territorial que se aportan al contrato no tienen por destinatario al contratista sino al usuario final. Es el consumidor quien será el beneficiario de dichos aportes necesarios para el cumplimiento de las metas de ampliación y mejoramiento de la cobertura del servicio, según lo estipula la cláusula 14 del contrato y por lo mismo no son girados al contratista, sino al encargo fiduciario constituido para el manejo y administración de esos dineros públicos. Con estas medidas, de una parte, se logra la concreción material de los cometidos sociales del Estado Social de Derecho (art. 1 Superior) -y que precisamente lo distinguen, del Estado de Derecho en cuanto a su naturaleza y cometidos- al ser imputables al cumplimiento de un deber constitucional y legal: asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos (art. 365 CN, art. 5.1 de la ley 142) mediante el apoyo financiero a las empresas de servicios públicos (arts. 3.1 y 8.4 de la ley 142). Por lo demás, estos aportes públicos a la mejora de la infraestructura del servicio de acueducto y alcantarillado constituyen una manifestación nítida de la intervención del Estado en la vida económica y social (art. 334 CN), no sólo autorizada sino también ordenada por el régimen constitucional y legal de los servicios públicos domiciliarios, como ya se indicó. Es por ello que usualmente se les reconoce el carácter de subsidios implícitos cuando quiera que se pacta que los mismos no pueden ser trasladados al usuario en su tarifa, los cuales constituyen una excepción a la prohibición rotunda del artículo 355 Constitucional.

MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Concepto y características / PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Debe utilizarse para determinar la posible violación de un derecho colectivo

Frente a lo que se entiende por moralidad administrativa, la Sala precisó, en tesis que ha sido constantemente reiterada, que en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (Art. 1), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (Art. 209 ibídem), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley. Desde esta perspectiva, ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder. En suma, la jurisprudencia de la Corporación ha ido precisando el concepto de moralidad administrativa, como derecho colectivo que puede ser defendido por cualquier persona, del cual se destacan estas características: "a) es un principio que debe ser concretado en cada caso; b) al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación; c) en la práctica, la violación de este derecho colectivo implica la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza." Igualmente ha hecho énfasis la Sala en la utilidad del principio de legalidad a la hora de determinar la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, en tanto la conclusión de su vulneración no depende del concepto personal del juez sobre lo que considera moral, sino de la justificación que la actuación cuestionada encuentre en el ordenamiento jurídico, eliminando de esa forma cualquier consideración de carácter subjetivo en la inferencia que encuentre el juez en torno ó no de ese derecho.

CARGA DE LA PRUEBA EN ACCION POPULAR - Normalmente le corresponde al demandante / JUEZ POPULAR - Debe impartir las órdenes necesarias cuando el demandante no puede asumir la carga de la prueba / PRINCIPIO DE AUTORESPONSABILIDAD - Esta conducta procesal se predica de quien le interesa sacar adelante sus pretensiones

Es importante reiterar que, de conformidad con el artículo 30 de la Ley 472 (en perfecta consonancia con la regla general contenida en el artículo 177 del CPC), la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se asegura la vulneración de los derechos colectivos incumbe al actor, regla que sólo es atenuada por el mismo precepto respecto de situaciones en las que por razones de orden económico o técnico la carga de la prueba no puede ser cumplida por el demandante, el juez debe impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito. Carga de la prueba sustentada, como también ha precisado la Sala, en el principio de autoreponsabilidad de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable. En el caso sub lite no se reúnen los presupuestos de la segunda parte del inciso artículo 30 de la ley 472 antes reseñados y por lo mismo el actor popular debía acreditar que esta imputación consignadas en su escrito de demanda comportaba amenaza o violación del interés colectivo a la moralidad administrativa, sin que fuera admisible que el juez impartiera unas órdenes tendientes a suplir su inactividad en materia probatoria.

INTERESES COLECTIVOS AUTONOMOS - Clasificación y concepto / PATRIMONIO PUBLICO - Concepto

Tanto la Constitución como la legislación dan tratamiento por separado a dos intereses colectivos autónomos: i) la utilización y defensa de los bienes de uso público y ii) el patrimonio público. Frente al primero de los derechos colectivos, como ya ha tenido oportunidad de señalarlo la Sala -criterio reiterado recientemente- con anterioridad a la Ley 472, el Código Civil en su artículo 1055 preveía la denominada acción posesoria especial -en términos de Don Fernando Vélez- y fue ulteriormente regulado también por la ley 9ª de 1989 como garantía de los derechos colectivos al espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público. En cuanto al derecho colectivo al patrimonio público, este concepto no se agota en la enumeración de los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables ni en los que integran el territorio colombiano (arts. 63 y 101 C.P.), sino que “por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes (...) que [le] sirven [al Estado] para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales”.

PLAN DE RETIRO VOLUNTARIO - Al continuar gozando de él sin tener derecho afecta el patrimonio público / SUSTITUCION PATRONAL - Requisitos / CONTRATO DE GESTION DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Es susceptible de sustitución patronal / DERECHO AL PATRIMONIO PUBLICO - Se vulnera al continuar remunerando a personas que no se acogieron al plan de retiro voluntario

Frente a la violación de este derecho, la Sala encuentra que la ejecución de la cláusula 40 del contrato relativa a la situación laboral de los trabajadores de EMPAS que no se acogían al plan de retiro voluntario y que siguieron gozando de los derechos y beneficios de la convención colectiva acarrea evidentemente afectación al patrimonio público, teniendo en consideración que con dineros públicos se está “remunerando” a personas que no están prestando servicio alguno al Estado, según quedó establecido en el apartado relativo a las pruebas. Como la relación de trabajo es individual, esto es entre personas y no respecto de las empresas, nuestra legislación sustantiva laboral -de vieja data- previó la institución de la sustitución patronal, que busca garantizar la continuidad de patronos lo mismo que la solidaridad entre el antiguo y el nuevo empleador respecto del pago de las obligaciones a favor del trabajador. La sustitución de empleadores es, pues, una garantía a favor del empleado que impone reunir los siguientes requisitos para que se entienda que hay continuidad en la relación de trabajo: i) cambio de empleador; ii) continuidad de la empresa y iii) continuidad del trabajador en el servicio. Estas exigencias por supuesto resultan aplicables a los contratos de gestión de los servicios públicos domiciliarios, como el que ahora estudia la Sala, por cuya virtud una empresa asume la prestación en lugar de otro operador. Por manera que para que se configure la sustitución patronal, también se requiere que el trabajador continúe prestando efectivamente sus servicios al nuevo patrono. Ahora, no sólo carece de sentido sino que configura una flagrante violación del derecho colectivo al patrimonio público que en desarrollo de una legítima configuración del negocio jurídico se pacte la no sustitución patronal, pero simultáneamente se siga remunerando a trabajadores que decidieron no acogerse al plan de retiro voluntario y que en virtud del mismo contrato quedaron sin función que desempeñar por cuanto el objeto social de EMPAS SA ESP es ahora desplegado por el contratista operador. Esta determinación resulta atentatoria

contra el interés colectivo al patrimonio público puesto que por sustracción de materia es apenas natural que estos “empleos” que aun subsisten no tienen labor que desempeñar. Lo anterior indica que no puede imponérsele una obligación laboral a la Administración Pública si ella no corresponde a una actividad o función desplegada por el respectivo servidor público, pues ello configuraría una conducta que afectaría de manera grave el patrimonio del Estado que no es otro que el de todos los colombianos. Si algunos trabajadores de EMPAS decidieron no acogerse al plan de retiro voluntario, la salida no podía ser la de continuar vinculados a una Empresa que ya no desarrolla su objeto social y continuar devengando su salario, como si efectivamente estuviesen laborando, una decisión en este sentido no sólo carece de sentido, sino que resulta atentatoria de los más elementales deberes de cuidado en el manejo de los recursos públicos. En tal virtud, el patrimonio público está no sólo amenazado sino efectivamente vulnerado en tanto algunos trabajadores no están laborando para EMPAS, no obstante lo cual, son “beneficiarios” de los derechos laborales y convencionales. En otros términos, a juicio de la Sala se configuró vulneración del patrimonio público, en cabeza de las entidades demandadas, toda vez que se demostró dentro del proceso la anomalía referida que permite establecer que se configura un detrimento patrimonial de los recursos del Estado, ante la mirada pasiva de las autoridades responsables.

INCENTIVO EN ACCION POPULAR - No procede al no haberse vinculado a las personas naturales que hayan vulnerado los derechos colectivos

En este caso, los demandantes no se ocuparon de indicar desde el comienzo del proceso las personas -que a su juicio- debían haberse vinculado, por haber desplegado las conductas vulnerantes denunciadas. Ahora, si bien fue vinculada la contratista a este proceso, la verdad de las pruebas recaudadas no deduce comportamiento por acción u omisión de su parte en orden a afectar el patrimonio público, en la ejecución de una cláusula contractual que atañe exclusivamente a la entidad contratista. De suerte que al no haberse vinculado a las personas naturales que directamente atentaron o vulneraron los derechos colectivos invocados, como sujetos pasivos de esta acción, no puede ahora condenarse a las entidades accionadas a cubrir el incentivo, por lo que forzosamente habrá de negarse éste último. En tales condiciones, la Sala revocará la decisión recurrida para acceder parcialmente a lo solicitado, únicamente en cuanto al derecho colectivo al patrimonio público y respecto de la conducta vulnerante acreditada y no concederá el incentivo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de junio de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 70001-23-31-000-2003-00618-01(AP)

Actor: EMPOSUCRE EN LIQUIDACION

Demandado: NACION-MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO Y OTROS

Referencia: ACCION POPULAR-APELACION DE SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en este proceso en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Sucre, el 27 de julio de 2005, la cual será revocada. Mediante la sentencia apelada se resolvió negar las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda

A través de escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Sucre el 8 de mayo de 2003, la Empresa de Obras Sanitarias de Sucre Ltda.-EMPOSUCRE en liquidación interpuso, mediante apoderado, acción popular contra la Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial-Dirección General de Agua Potable y Saneamiento Ambiental, el Municipio de Sincelejo, la Empresa de Servicios Públicos de Acueducto y Alcantarillado de Sincelejo- EMPAS S.A. E.S.P. y Aguas de la Sabana S.A. E.S.P., con el fin de obtener la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público, los que afirma vulnerados por los demandados con la ejecución del contrato de operación con inversión No. 037 de 2002.

Por lo anterior solicitó que se accediera a las siguientes pretensiones:

“Primera. Que se declare que con ocasión de la celebración y ejecución del contrato de operación con inversión No. 037 de diciembre 11 de 2002, suscrito entre la Empresa de Servicios Públicos de Acueducto y Alcantarillado de Sincelejo, EMPAS ESP y la Sociedad Aguas de la Sabana SA ESP, se produjo un detrimento al patrimonio público, radicado en cabeza del Departamento de Sucre y los municipios de Majagual, Toluviejo, Sincé, Sampués, Galeras, San Pedro, Sucre, San Marcos, San Juan de Betulia, Morroa, San Onofre, Tolú, Ovejas y el mismo municipio de Sincelejo, por haber sido despojada de bienes, la

Empresa de Obras Sanitarias de Sucre Ltda. en liquidación, de la que son socios propietarios los entes territoriales anteriormente relacionados.

“Segunda. Como consecuencia de la declaración anterior, se ordene a la Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo-Comisión de Regulación de Agua Potable (CRA), Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial-Dirección General de Agua Potable y Saneamiento Ambiental, Municipio de Sincelejo, EMPAS SA ESP y Aguas de la Sabana S.A. E.S.P. a pagar a la Empresa Obras Sanitarias de Sucre Ltda. en liquidación, la suma de trece mil trescientos siete millones setecientos cinco mil seiscientos noventa y cuatro pesos (\$13.307.705.694). Que corresponde al valor actualizado de los bienes de que fue objeto de despojo, en cuya expropiación de facto, participaron activa y decididamente, los entes accionados.

“Que se declare así mismo, que se produjo un detrimento al patrimonio público y a la moral administrativa, radicada en cabeza de la Nación-DIAN-Minhacienda, Departamento de Sucre, Municipio de Sincelejo, al disponer en el citado contrato, que el ‘valor del mismo era indeterminado para efectos fiscales’, siendo que, éste era calculable, y por esta cláusula, se liberó al contratista operador Aguas de la Sabana S.A. E.S.P. a pagarle al fisco nacional y territorial, los impuestos de timbre, publicación, registro y anotación, Gaceta Municipal, con el ingrediente adicional que el contratista, terminó ofreciendo, por el procedimiento, una póliza de garantía irrisoria, por valor de cinco millones de pesos (\$5.000.000), que ampara el cumplimiento del contrato, evidenciándose la largueza extrema, pues el contratista manejará recursos en aportes de la nación y del municipio de Sincelejo por valor de diecinueve mil ciento cuarenta millones seiscientos ochenta y cuatro mil cuatrocientos ochenta pesos (\$19.140.684.480,00). La póliza de garantía de cumplimiento debió cubrir como riesgo amparado, mínimo el 10% del valor del contrato.

“Cuarta. Que se declare que por el contrato se afectó y está afectándose inconcebiblemente el patrimonio público, y la moral administrativa, al disponerse en la cláusula 39 del contrato, que los trabajadores de EMPAS, que no se acogieran al plan de retiro voluntario: ‘seguirán siendo trabajadores de la entidad y seguirán gozando de todos los derechos, prerrogativas, beneficios y obligaciones contempladas en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el contratante y el sindicato’. Hoy nos encontramos, con que los trabajadores que decidieron no acogerse al Plan de Retiro Voluntario, obligatoriamente debe cancelárseles sus salarios y demás prerrogativas, sin que ellos desempeñen labor alguna, pues la función que antes desempeñaba EMPAS, hoy la ejecuta el operador. Están disfrutando anticipadamente de una pensión sin desvinculación de labores. Es una verdadera vena rota, que obliga tomar medidas preventivas y urgentes, como las que adelante solicitaremos, para evitar continúe el desangre al patrimonio público, por esta decisión absurda.

“Quinta. Que se declare que por el contrato se afectó la moral administrativa, por pactarse en la cláusula 59.2 la contratación de un ente paralelo a EMPAS, encargado de la supervisión del contrato de operación con inversión, a quien se le pagará la módica suma de \$

37.500.000,00 mensuales, por la 'verificación' ; ojo, que es distinta de la interventoría de las obras que se vayan a ejecutar con los diecinueve mil ciento cuarenta millones seiscientos ochenta y cuatro mil cuatrocientos ochenta pesos (\$19.140.684.480,00) que aportan la Nación y el Municipio de Sincelejo.

“Sexta. Que se declare que por el contrato se afectó la moral administrativa, por celebrarse el mismo en condiciones, censurablemente desventajosas para la administración pública y a favor del contratista operador, violándose de paso la normatividad que regula el régimen de servicios públicos consagrados en la Constitución Nacional, la ley 142 de 1994, la ley 689 de 2001, Resolución 151 de 2001 de la CRA y estatuto contractual o ley 80 de 1993.

“Séptima. Se condene a las accionadas a cancelar el valor de las costas, incluida (sic) las agencias en derecho, conforme a lo establecido en el artículo 38 de la ley 472 de 1998.

“Octava. Que se reconozca el incentivo del 15% a favor del abogado demandante de la presente acción, del valor que recuperen: la DIAN, Departamento de Sucre y el mismo municipio de Sincelejo. Como efectos de la presente acción, conforme a lo estatuido en el artículo 40 de la ley 472 de 1998.

“Subsidiariamente se reconozca el incentivo, bajo el tope máximo de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales, que estatuye el artículo 39 de la ley 472 de 1998 (...).”

2. Hechos

Se afirmó en la demanda que en 1977 se constituyó la sociedad Empresas Sanitarias de Sucre-EMPOSUCRE Ltda., posteriormente en 1985 se cambió su razón social por Empresa de Obras Sanitarias de Sucre Ltda.-EMPOSUCRE Ltda., siendo sus socios aportantes el INSFOPAL (Instituto de fomento municipal) y el Departamento de Sucre. El INSFOPAL fue suprimido por decreto 77 de 1987 y las acciones que éste tenía en EMPOSUCRE fueron cedidas en 1989 a varios municipios del Departamento.

En junio de ese año la Asamblea General de accionistas decidió disolver y liquidar a EMPOSUCRE. Esta empresa instaló toda la infraestructura de acueducto, alcantarillado y saneamiento básico ambiental en casi todo el Departamento, de manera que todos esos activos aún le pertenecen *“pues el proceso liquidatorio aún no ha culminado”*. El liquidador celebró con el municipio de Sincelejo convenio interadministrativo el 18 de octubre de 1989 en cuya cláusula primera se estipuló que EMPOSUCRE hacía entrega *“a título de administración”* al municipio de Sincelejo de las instalaciones de acueducto, alcantarillado y demás servicios, cuyo

valor se estimó en \$1.478.633.966,00 pesos, *“sin que Emposucre en liquidación se haya desprendido del dominio de dichos bienes, pues nunca los ha enajenado bajo ningún título”*.

El municipio de Sincelejo creó la empresa estatal de servicios públicos de acueducto y alcantarillado de Sincelejo-EMPAS S.A. E.S.P., con el objeto de la prestación de los citados servicios *“los que prestó usando los bienes que en administración había recibido el municipio de Emposucre en liquidación”*. EMPAS S.A. E.S.P., siguiendo parámetros diseñados desde los Ministerios de Comercio Industria y Turismo-CRA y de Medio Ambiente, decidió que la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado fuera ejecutada por un contratista operador.

Para el efecto celebró con la Sociedad Aguas de la Sabana S.A. E.S.P. el contrato de operación con inversión No. 037 de 2002, en cuya cláusula 16 se estipuló que *“los bienes muebles e inmuebles de propiedad del contratante, que sean entregados para uso y goce del operador, seguirán siendo de propiedad del contratante (...) [c]on esta cláusula EMPAS se hizo propietaria de los bienes que el municipio había recibido en administración por parte de EMPOSUCRE en liquidación”*. Con esta cláusula, EMPAS, sin autorización del Departamento ni de los socios de EMPOSUCRE, se hizo propietaria de esos bienes, hecho que constituye *“una expropiación de facto, sin indemnización alguna, que quebranta los artículos 2, 58, 362 de nuestra Carta Política”*.

La cláusula 8ª del contrato, al señalar que para efectos fiscales el valor del contrato era indeterminado, afectó las rentas de la Nación, del Departamento y del mismo municipio y benefició al contratista, pues impidió el pago del impuesto de timbre, de los derechos de publicación del contrato que se calculan por el valor del mismo y del impuesto de registro y anotación. A su vez, en la cláusula 40 se pactó que los trabajadores que no se acogieran al plan de retiro voluntario, seguirían siendo trabajadores de la entidad y que el contratista operaría la infraestructura con sus propios trabajadores, lo cual significa que *“deja viva a la Empresa EMPAS ESP sólo para que continúe pagándole a sus ‘trabajadores’ el salario, las prestaciones y demás derechos laborales legales y convencionales, sin que estos realicen labor alguna”*.

Adicionalmente, en la cláusula 59.2 se creó un ente paralelo a EMPAS para que verifique su ejecución lo cual *“también atenta contra los principios que gobiernan la función administrativa. Como es que, se va a pagar una cifra tan onerosa [\\$37.500.000,00] a un tercero, cuando la misma labor la podía desempeñar EMPAS. Quién más indicado para verificar si el contrato se está cumpliendo a cabalidad, que el mismo contratante”*. De otro lado, el contratista recupera su aporte con las ganancias por la ejecución de las obras, *“pues es de costumbre, que por administración, utilidades e imprevistos (AIU) perciban los contratistas un equivalente entre el 20 y el 25 por ciento del valor del contrato. Sin financiar él, ninguna obra, termina recibiendo el valor de los cargos fijos y tarifas por espacio de veinte (20) años, prorrogables”*.

Además, hubo *“direccionamiento”* en el proceso de selección del contratista, como se desprende de los cuatro adendos, ya que *“la administración fue sacando poco a poco después de haber hecho la publicación de la convocatoria, para dejar por fuera a posibles competidores del contratista que resultó finalmente beneficiado”*. Igualmente, se estipuló que el operador constituiría un encargo fiduciario para el manejo de los recursos públicos destinados a la ampliación de los sistemas de acueducto y alcantarillado del municipio, lo cual quebranta lo dispuesto por el numeral 5º, ordinal 4º del artículo 32 de la ley 80, que establece que la selección de la sociedad fiduciaria debe hacerse por licitación o concurso, en tanto el contratista es quien elige directamente la sociedad que administraría los recursos.

Del mismo modo, con la pignoración de los recursos del sistema general de participaciones se hace un esguince al régimen de contratación estatal y al Estatuto del Presupuesto, pues el operador presenta a la sociedad fiduciaria el plan de trabajo y ésta cancela los valores que el operador dice deber. Así, *“una obra de expansión del acueducto o alcantarillado a cualquiera de los barrios periféricos de la ciudad, no es el municipio quien la realiza, sino el operador con los aportes del sistema general de participación (sic). El, en esas condiciones no hace licitación o concurso, directamente las ejecuta, bien sea con personal a su cargo, o mediante subcontratación”*.

3. Oposición de los demandados

Mediante auto de fecha 16 de mayo de 2003, el *a quo* admitió la acción popular, ordenó notificar a las entidades demandadas, a la Procuradora Judicial y a la Defensoría del Pueblo.

3.1 La CRA contestó oportunamente la demanda y se opuso a las pretensiones de la demanda. Aseguró que los accionantes tienen la carga de la prueba de la prueba y no puede pretender trasladarse a los demandados como lo sugiere el actor. Que en dicha entidad no reposa ningún antecedente relacionado con estos hechos y no ha habido pronunciamiento expreso sobre este tema. Propuso la excepción de falta de legitimación pasiva y adujo que esa entidad no tiene competencia para diseñar modelos de contrato, participar en su elaboración, avalar contratos. También formuló la excepción de improcedencia de la acción por existir otro mecanismo judicial, ya que lo que se pretende es atacar la Resolución CRA 151 de 2001 y no es la acción popular el mecanismo para intentar la nulidad o decaimiento de dicho acto administrativo.

3.2 La Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo manifestó no ser competente para conocer del asunto propuesto en esta acción e *“informó”* que ello atañe al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, a quien corresponde formular, dirigir y coordinar las políticas, regulación, planes y programas en materia de agua potable y saneamiento básico.

3.3 El municipio de Sincelejo se opuso a las pretensiones y esgrimió que el actor olvida que existe la figura de la depreciación de activos y que una entidad pública expropie a otra entidad pública *“suena fuera de todo”*. Propuso como excepción la *“inexistencia de las violaciones”* al estimar que el proceso de selección se ajustó a lo preceptuado en las normas pertinentes y que al actor corresponde la carga de demostrar la omisión del deber alegado.

Advirtió que la administración de la infraestructura entregada conlleva cierto poder dispositivo sobre los bienes, pues lo esencial es darle adecuado y racional uso a dichos bienes, pero que EMPAS no ha entregado la propiedad a la sociedad adjudicataria del contrato de operación, pues sólo ha entregado el uso para poder prestar el servicio de acueducto adecuadamente. Que el artículo 256 del Código de Comercio establece las acciones de los asociados y de terceros contra los liquidadores prescribirán en cinco años a partir de la fecha de aprobación de la

cuenta final de la liquidación, de ahí que *“cualquier accionar de la Sociedad Emposucre Ltda. contra los socios que tienen los bienes está prescrita”*.

3.4 Aguas de la Sabana S.A. E.S.P. sostuvo que no es cierto que EMPOSUCRE en liquidación haya instalado toda la infraestructura, ya que EMPAS ESP durante el período que prestó y suministró los servicios de acueducto y alcantarillado llevó a cabo varias obras. Que el contrato de operación no transfirió la propiedad de dichos bienes, los cuales fueron entregados al operador únicamente a título de administración y el plazo será igual al plazo de liquidación de Emposucre, o sea hasta que pueda producirse una entrega definitiva al municipio.

Que no basta simplemente con actualizar a precios de hoy el valor inicial de los bienes entregados en administración, de modo que a la cifra planteada por el actor hay que descontarle el valor correspondiente al costo de mantenimiento que sin duda supera el costo de reposición planteado. Que el convenio no prohibió al municipio que pudiera entregar estos bienes a otra entidad, ya que el compromiso no era otro que el de prestar el servicio en la medida de sus posibilidades.

Que no es cierto que la celebración del contrato de operación con inversión se llevó a cabo sin autorización del Departamento ni de los socios de EMPOSUCRE, ya que ésta iba implícita en el Convenio interadministrativo del 18 de octubre de 1989 cuando al municipio de Sincelejo se le otorgó la responsabilidad de la administración de los bienes entregados. Que la imposibilidad de estimular el régimen de competencia en servicios públicos no surge de la celebración del contrato sino de la situación en la que se encuentra EMPOSUCRE, es decir, de su estado de liquidación que únicamente le permite efectuar aquellos actos que sean necesarios para su liquidación.

Que el valor del contrato es indeterminado, ya que las inversiones a cargo del operador *“pueden ser objeto de innovaciones que harían variar en mayor o menor grado el monto a invertir, haciendo aconsejable en materia contractual no limitar a esta la cuantía del contrato, ni mucho menos limitarla como erróneamente lo plantea el accionante al valor de los recursos reembolsables y no reembolsables”*. Que afirmar que esta cláusula fue convenida para favorecer al contratista desconoce el principio de la buena fe.

Que la cláusula relativa al retiro compensado simplemente reconoce y da cumplimiento a las normas del derecho sustantivo del trabajo, ya que el contrato no puede desconocer derechos adquiridos de trabajadores cuando no hay sustitución laboral. Que la regulación de la CRA consagra que la responsabilidad directa del control de la ejecución del contrato estará a cargo del contratante, sin que ello impida que se pueda delegar la supervisión o interventoría del contrato.

Que el régimen aplicable a la convocatoria y al contrato de operación con inversión es de derecho privado, pero que aún si se admitiese que el régimen aplicable es de derecho público, el artículo 32 de la ley 80 sólo es aplicable a los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales y por lo tanto no este caso. Que el Plan de Obras e Inversiones (POI) fue aprobado por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en los términos exigidos por las disposiciones, guía y procedimientos del Banco Mundial para poder efectuar el desembolso de los recursos aportados por la Nación.

Que el objeto de la acción popular no es dirimir controversias entre partes que defiendan intereses subjetivos, como es la indemnizatoria que se pretende debatir en este caso. Que el operador es ajeno a la reclamación en cuanto al monto de la póliza expedida para amparar el cumplimiento del contrato, *“ya que nuestra obligación se limita y limitó a constituir todas y cada una de las pólizas requeridas por el Contratante”*.

3.5 La Nación-Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial se opuso a las pretensiones y a más de exponer argumentos similares a los otros accionados, indicó que los recursos que invierte la Nación provienen de un empréstito del Banco Mundial, lo cual implica que la contratación se debe ajustar a las guías y procedimientos internacionales. Propuso como excepciones: i) falta de legitimación pasiva, pues no es la autoridad que haya violado o amenazado los derechos colectivos invocados; y ii) improcedencia de la acción por existir otro mecanismo judicial para intentar la nulidad del contrato y de la entrega de bienes.

4. Intervención de coadyuvantes y adición de la demanda

Modesto de Jesús Ojeda Arboleda solicitó que se le tuviera como coadyuvante y argumentó que es apoderado de un acreedor en un proceso ejecutivo que cursa contra Emposucre y que *“todo detrimento al patrimonio de esta empresa (...)”*

causa perjuicio a mi poderdante, pues sin los activos de la empresa, es más imposible (sic) que cumpla con la obligación adeudada". En sentido similar se pronunció Saúl Enrique Vega Mendoza, quien aseguró que era demandante en un proceso ejecutivo laboral que cursa contra la misma empresa.

Yamil Eduardo Rodríguez López y Gilberto Rodríguez Paternina *"coadyuvaron"* la contestación de la demanda en defensa de la población que está siendo beneficiada por la recuperación y mejoría que ha tenido la prestación del servicio, la cual se vería afectada de prosperar las pretensiones. Alegaron que el sentido de la demanda *"es más económico y privado que colectivo o comunitario"*, y de prosperar la acción se verían afectados otros derechos colectivos. En sentido similar, se pronunció en escrito separado el alcalde de municipio de San Juan de Betulia.

Posteriormente el actor modificó la pretensión octava y formuló tres nuevas pretensiones:

"Octava. Que se reconozca el incentivo del 15% a favor de la parte actora EMPOSUCRE en liquidación y no a favor del abogado demandante de la presente acción, del valor que recuperen: DIAN, Departamento de Sucre y el mismo Municipio de Sincelejo, como efectos de la presente acción conforme a lo estatuido en el artículo 40 de la ley 472 de 1998.

"Novena. Que se declare que por el contrato se hizo una donación o auxilio en favor del operador privado y en contra del patrimonio público, acarreando como consecuencia, la anulación del contrato, por ir el mismo en contra de prohibición constitucional expresa, contenida en el artículo 355 de la Carta Política.

"Décima. Que se reconozca a la parte actora, Emposucre en liquidación, el incentivo del 15% sobre los ingresos que hacia el futuro, percibiría el operador durante el término de vigencia del contrato y que no recibirá como consecuencia de la presente acción."

Como hechos nuevos, adicionó los dos siguientes: i) Que se instituyó una donación o auxilio a favor del operador privado, en tanto los recursos para financiar las obras provienen del Municipio y de aportes de la Nación, y las tarifas y cargos fijos le ingresan *"libres"* al operador; ii) los trabajadores de EMPAS instauraron acciones de tutela contra ésta porque dejó de pagarles sus salarios, lo cual confirma la violación del patrimonio público *"por absurdamente asumir esas obligaciones salariales, solo por beneficiar al operador privado"*.

Por auto de 20 de agosto de 2003 el *a quo* aceptó la adición de la demanda y tuvo como coadyuvantes a Modesto de Jesús Ojeda Arboleda, Yamil Eduardo Rodríguez López, Gilberto Rodríguez Paternina, Jorge Luis Pérez Pérez y Saúl Enrique Vega Mendoza.

Aguas de la Sabana SA ESP en el escrito de contestación a la reforma de la demanda ratificó lo expuesto y agregó que “*afortunadamente*” el actor corrigió el error en que había incurrido en cuanto al incentivo. Que no es admisible convertir un pacto de préstamo de uso en una donación o auxilio, que no es cierto que los recursos de financiación sólo provengan del municipio y de la Nación y que el operador no aporta nada, ya que el mismo contrato de operación con inversión demuestra lo contrario.

Que en evento de condena, y como la accionada ha hecho y seguirá haciendo inversiones en los bienes de los cuales tiene la tenencia y de los cuales necesariamente se producirán tales frutos, se le deberán abonar esas inversiones para evitar un enriquecimiento sin causa y que, finalmente, lo grave hubiese sido que al desaparecer EMPAS ESP no se obligara para con sus trabajadores, aparentando una sustitución patronal de servidores que la empresa demandada no podía recoger en su personal de empleados.

5. La audiencia de pacto de cumplimiento, el decreto de prueba, la solicitud de medidas cautelares y las alegaciones

El 16 de diciembre de 2003 se celebró la audiencia especial de pacto de cumplimiento, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio de las entidades demandadas. Por auto de 19 de enero de 2004 se abrió el proceso a prueba. El actor, en memorial de 19 de mayo siguiente, solicitó la medida cautelar de suspensión del contrato de operación con inversión No. 037 de 2002, la cual fue negada por auto de 11 de junio del mismo año. Mediante proveído de 20 de septiembre siguiente se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

Aguas de la Sabana ESP reiteró algunos de sus argumentos y alegó que el juez de la acción popular no puede desconocer derechos y obligaciones que nacen de un contrato. Que la empresa demandante no tiene interés para obrar pues no aparece ninguna prueba que demuestre que realmente lo que se denominaba Emposucre Ltda., se encontraba para la fecha de presentación de la demanda en

estado de liquidación. Que hasta el cierre de la etapa probatoria no se ha logrado demostrar la titularidad de los bienes sobre los cuales recaería el daño y que *“existe una orfandad probatoria del costo o valor de esos bienes”* ya que el perito no rindió el dictamen por cuanto no disponía de la documentación completa. Que la no comparecencia del accionante al interrogatorio de parte debe apreciarse como indicio grave en su contra.

En escrito adicional completó el alegato al indicar que el operador ha hecho declaración y pago ante la DIAN de los impuestos de timbre, *“sin que hasta la fecha el ente recaudador nacional haya objetado dicho pago”*, al efecto acompañó unos documentos, lo mismo que un concepto de unos consultores [sin firma] sobre la forma como se liquidan esos impuestos.

El municipio de Sincelejo, además de reproducir varios de los argumentos ya esbozados, expuso que la infraestructura antes que ser patrimonio de un ente estatal, es más bien parte integral del buen servicio de acueducto y alcantarillado.

El actor insistió en lo señalado en el escrito de demanda y agregó que en el proceso no obra prueba alguna que demuestre que EMPOSUCRE en liquidación, haya transferido esos bienes a EMPAS o al mismo municipio, o a un tercero. Que el operador en manera alguna ha mejorado la prestación del servicio y por el contrario se ha desmejorado como es de público conocimiento.

Mediante proveído de 3 de noviembre de 2004 el Tribunal *a quo* a solicitud del Ministerio Público resolvió dejar sin efecto la acumulación decretada y ordenó el trámite independiente de cada proceso. El magistrado conductor mediante providencia de 16 de diciembre de 2004 nuevamente declaró precluida la etapa probatoria y corrió traslado a las partes por el término de 5 días para que alegaran de conclusión.

El actor reprodujo el contenido del escrito de alegaciones presentado con anterioridad y la Nación-Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial manifestó que reiteraba los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

La Procuradora conceptuó que el esquema de operación con inversión es el que mejor se adapta a las condiciones técnicas, administrativas y financieras de

Sincelejo. Que dicha decisión estuvo precedida de los estudios que se requerían y que en el esquema previsto para modernizar el sistema eran necesarios los aportes del Gobierno Nacional para apalancar el plan de obras e inversiones, debiendo destinarse asimismo los recursos municipales del sistema general de participaciones al sistema de acueducto y alcantarillado. Que de acuerdo con el contrato no se advierte que se haya dispuesto de manera alguna de los bienes que integran la infraestructura de prestación del servicio, sólo que están afectados a la prestación del servicio y, por lo tanto, debían ser entregados al nuevo operador y por virtud de la cláusula de reversión deberán ser reintegrados a su propietario.

Consideró que los aportes hechos por la Nación y el municipio no constituyen el valor del contrato, esto es, la remuneración que recibirá el operador por la gestión del servicio está constituida por los cargos por consumo, lo cual no es posible cuantificar al momento de celebrar el contrato y por ello la indeterminación de la cuantía al momento de contratar. Que al respetar los derechos de los trabajadores no se afecta la moralidad administrativa y que en cuanto a la afectación al patrimonio público por este concepto no existe en el plenario prueba sobre los valores cancelados.

Sin embargo, señaló que no es explicable la concurrencia de las cláusulas de supervisión e interventoría por cuanto no son claras las funciones que cada una debe cumplir y que esta duplicidad de funciones, que deben ser remuneradas con cargo al mismo contrato, podría afectar al patrimonio público, por lo que recomienda al Tribunal definir o no la continuidad de la segunda supervisión. Y que, finalmente, como la entidad contratante de la fiducia es una entidad privada, no le es aplicable el régimen de contratación estatal.

6. La providencia impugnada

El Tribunal negó las súplicas de la demanda, al considerar que no se acreditó que el Departamento de Sucre y los municipios socios hayan sido despojados de la infraestructura que EMPAS tenía en administración y que fue entregada al operador. Que conforme al convenio interadministrativo la voluntad de EMPOSUCRE fue no seguir ejerciendo su objeto social, situación que además se desprende de su estado de liquidación, de modo que lo que se quiso en realidad fue hacer una entrega en administración, mientras se liquidaba totalmente la

empresa accionante. Que no puede afirmarse que EMPAS hubiese transferido los bienes o los hubiese donado y que a la terminación del contrato los bienes revertirán al municipio.

El *A quo* advirtió que los recursos que recibe el operador privado de la Nación y el municipio no hacen parte del valor del mismo, ni de su remuneración, pues ésta la constituye el producido de la prestación del servicio a través de las tarifas, las cuales son esencialmente variables durante el lapso de duración del contrato y por lo mismo el contrato es de cuantía indeterminada. Respecto a la no operación de la sustitución laboral con los trabajadores de EMPAS que no se acogieran al plan de retiro voluntario, sostuvo que no afecta los derechos colectivos invocados pues se trata de una situación que no dependió de los contratantes sino de los trabajadores y que, además, los derechos laborales tienen especial protección según la Constitución.

Que las obras civiles, por su alta especialización técnica, requieren de interventorías igualmente especializadas por lo que encuentra plena justificación en su existencia para garantizar la calidad de la infraestructura del sistema y que la supervisión del contrato de operación tiene un alcance diferente, orientado a verificar la calidad y cobertura del servicio. En cuanto a la escogencia de la sociedad fiduciaria administradora de los recursos, también compartió el criterio del Ministerio Público, en cuanto la contratante de la fiducia es una entidad privada, a quien no le es aplicable el régimen de contratación estatal. Que los cuestionamientos del actor al contrato tienen relación más con juicios de conveniencia o inconveniencia de la modalidad contractual adoptada, lo cual no puede llevar a concluir que se produzca un agravio a un derecho colectivo.

Que si bien en la acción popular es procedente la reivindicación de bienes de uso público únicamente (y no frente a los bienes patrimoniales o fiscales del Estado), no lo es para solicitar una indemnización. Además, esta acción no está diseñada para controvertir en su seno la titularidad de derechos subjetivos. En cuanto a las excepciones propuestas por la CRA y el Minambiente de falta de legitimación en la causa por pasiva e improcedencia de la acción por existir otro mecanismo judicial, declaró que no prosperaban por cuanto dichas entidades intervinieron, en mayor o menor grado, en la estructuración del proyecto y además porque la acción popular es compatible con el ejercicio simultáneo de acciones ordinarias.

7. Razones de la impugnación

El demandante discrepó de la decisión adoptada por el *A quo*, y al efecto reiteró los argumentos planteados a lo largo del proceso. Añadió que no comparte el criterio del Tribunal en el sentido de que no es posible defender mediante acción popular el patrimonio público cuando están comprometidos bienes fiscales. Que las conciliaciones celebradas con los municipios respecto del pago de la infraestructura de propiedad del actor fueron aprobadas por el Tribunal, por lo que no entiende por qué ahora el mismo razona y concluye de manera distinta para el caso del municipio de Sincelejo. Que Emposucre no puede ser despojada de sus bienes ya que este hecho impide cumplir a los acreedores que hoy tiene la empresa. Al concluir indicó que como el operador no ha mejorado el servicio, no hay que tener temor por suspender un contrato, creyendo que con la consecuencia de esta decisión, se afectaría la prestación.

8. Alegatos en segunda instancia

Admitido el recurso de apelación interpuesto, según providencia de 18 de noviembre de 2005, se corrió traslado a las partes por el término de 10 días para que presentaran sus alegatos de conclusión.

Aguas de la Sabana SA ESP, al solicitar la confirmación de la sentencia apelada, reiteró lo ya expresado y puso de relieve que la cláusula de reversión entraña la mayor garantía para el patrimonio público. Agregó que las grandes inversiones que demanda la misión del Estado requiere la convergencia de recursos y esfuerzos: la infraestructura existente, la tecnología e inversión del operador y los recursos de la Nación y del municipio destinados para el mismo fin. Que la previsión de la supervisión del contrato no es constitutiva de violación legal y además *“en la actualidad es la misma contratante quien ejerce dicho control (...)”*.

El demandante, a más de ratificar lo ya expuesto, y luego de transcribir unos artículos de prensa que refieren a la importancia del agua y los riesgos del modelo *“privatizador”*, insistió en que fue un negocio ventajoso para un operador privado asociado con empresas transnacionales y por ello consideró que es deber de la justicia constitucional *“frenar este tipo de privatizaciones”*. Que las sumas pagadas a los trabajadores sin que hayan laborado ascienden a más de tres mil millones de

pesos a trabajadores lo cual “está acreditado en la edición del diario *El Meridiano de Sucre*, de mayo 17 de 2004”.

La CRA reiteró lo expuesto a lo largo del proceso. Las demás entidades accionadas y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Encontrándose el asunto para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 27 de julio de 2005 proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, se advirtió la existencia de una causal de nulidad de carácter saneable en tanto el auto admisorio de la demanda omitió la orden de informar a los miembros de la comunidad como lo dispone el artículo 21 de la Ley 472.

En consecuencia, mediante proveído de 18 de abril del año en curso se ordenó poner en conocimiento de la comunidad la demanda. Al efecto, el actor popular aportó certificación del gerente de la emisora *Radio Caracolí* en la que da cuenta que en el informativo “*Noticias Hoy*” del día 22 de mayo de 2008, se transmitió el contenido de la providencia antes citada, al mismo tiempo acompañó original de la página 7 A del Diario *El Universal* del viernes 23 de mayo de 2008 (fls. 848 a 851 c.1).

Como la nulidad no fue alegada, se entiende saneada en los términos del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil aplicable, en razón de la remisión legal expresa prevista en los artículos 44 de la Ley 472 y 165 del Código Contencioso Administrativo.

Para responder el problema jurídico que se plantea, la Sala estudiará los siguientes asuntos: i) Cuestión procesal previa: Prueba del agotamiento de jurisdicción; ii) La autonomía de la acción popular y el estudio de contratos estatales en sede popular; iii) Representación legal de la Nación en procesos populares; iv) Coadyuvancia en acciones populares; v) La modificación de la

causa petendi y el principio de congruencia en la acción popular; vi) Improcedencia del interrogatorio de la parte demandante en acciones populares; vii) Lo demostrado en el caso concreto: estudio de las múltiples imputaciones formuladas por el actor; viii) De la definición de la existencia o no de vulneración de los derechos colectivos invocados; ix) Del pago del incentivo y x) Comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia.

1. Cuestión procesal previa: Prueba del agotamiento de jurisdicción

La jurisprudencia de esta Sección tiene determinado que si una demanda en acción popular se presenta cuando existe otra en curso con el mismo objeto que ya ha sido notificada al demandado¹, opera el “**agotamiento de la jurisdicción**”, hecho que constata el juez a partir de la identidad de actores, pretensiones y hechos.

Esta institución procesal fue extrapolada de la construcción que al efecto hiciera la Sección Quinta de esta Corporación en sede de contencioso electoral, sobre la base de que la identidad de demandas -que en acciones populares se presenta cuando el objeto y la causa son los mismos, con independencia de que el actor lo sea o no ya que justamente se trata de una acción pública- comporta causal de anulación del proceso posterior. Ahora, dado que los intereses en juego impiden la simple acumulación de procesos² (dada la naturaleza de esta acción y las consecuencias nocivas a nivel de reconocimiento del incentivo que entrañaría) es tarea del juez **verificar si el objeto es el mismo**.

Conforme a lo anterior, y en aplicación del principio de *economía procesal* y orientada en el propósito de *evitar decisiones contradictorias*, la Sala ha rechazado demandas populares que coinciden en sus pretensiones (*petitum*) y en sus fundamentos fácticos (*causa petendi*), al razonar que:

¹ Esta es la tesis actual de la Sala, aunque en oportunidades anteriores había señalado otros hitos procesales: la notificación a la comunidad. Para ver la evolución jurisprudencial en punto de cuál es el momento procesal que determina el proceso llamado a continuar con su trámite vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Auto de 15 de marzo de 2006, Rad. 2500023240 2004 (AP- 01209) 01, Actor: Hugo Serrano Gómez y Otro, Demandado: Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol – Ministerio de Minas y Energía – Chevrontexaco, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

² Que en alguna época había sido admitida por la jurisprudencia, vid. Auto de 22 de noviembre de 2001, AP 218

“(…) Si realmente el actor tiene interés en la protección del derecho colectivo y posee elementos de juicio adicionales a los aportados por quien primero interpuso la acción popular con el mismo objeto, tendrá la opción de coadyuvarla, según lo establecido en el artículo 24 de la ley 472 de 1998.

Existe identidad de demandas sólo cuando las partes, el objeto y la causa son los mismos. No obstante, en una acción popular resulta irrelevante, para definir esa identidad quién sea el actor, pues como ya se señaló, con ésta no se pretende la satisfacción de intereses individuales.

Carece de razonabilidad admitir una demanda presentada en ejercicio de una acción popular que tenga el mismo objeto y se fundamente en los mismos hechos de una acción que ya está en curso, para proceder luego a su acumulación, ya que acumular procesos significa acumular pretensiones, y esta sumatoria no se da cuando las pretensiones son las mismas. Es decir, en estos casos no habría propiamente una acumulación de procesos, sino una agregación de actores.

Admitir una demanda presentada en ejercicio de una acción popular cuando ya cursa otra con el mismo objeto no sólo implica desconocimiento del principio de economía procesal y el riesgo de que se produzcan decisiones contradictorias, sino que, además, ordenar su acumulación a otro proceso que ya está en curso, puede afectar los intereses del actor popular que originalmente interpuso la acción y que por su esfuerzo tiene derecho al incentivo, pues esto daría lugar a que una vez enteradas de su existencia, otras personas presenten la misma demanda con el fin de que ésta se acumule a la primera y así obtener parte de ese beneficio.

Por supuesto, será el juez en cada evento, quien debe verificar que el objeto de la nueva acción es el mismo de la que se encuentra en trámite, pues si coinciden sólo de manera parcial, sí deberá ordenarse la acumulación de las demandas, ya que la primera no agota el interés colectivo de que trata la segunda (...)³

³CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 5 de febrero de 2004, AP 933, C.P. Ricardo Hoyos Duque; en sentido similar vid. Auto de 5 de agosto de 2004, Rad. 25000-23-25-000-2004-00979-01(AP-00979), Actor: Sergio Sánchez, Demandado: Municipio de Caparrapí, C. P. María Elena Giraldo Gómez; Auto de 16 de septiembre de 2004, expediente AP-0326, C.P. María Elena Giraldo Gómez; Sentencia de 7 de octubre de 2004, Rad. 25000-23-26-000-2003-00336-01(AP)DM, Actor: Fernando Alberto García Forero, Demandado: Empresa Colombiana de Petróleos y Otros, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, SV María Elena Giraldo Gómez y German Rodríguez Villamizar; Auto de 14 de octubre de 2004, Rad.: 25000-23-26-000-2001-0326-01(AP), Actor: Jaime Jurado Alvaran, CP: María Elena Giraldo Gómez; Auto de 7 de diciembre de 2005, expediente AP-1029, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Bogotá, D.C., Auto de 12 de diciembre de 2005, Rad. 25000-23-25-000-2004-02148-01(AP) Actor: Martha Luz Barros Tovar Demandado: Ministerio de Minas y Energía y otros, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Auto de 24 de enero de 2007, Exp. No. AP-907-2004, Auto de 22 de febrero de 2007, Rad.: 52001-23-31-000-2004-00092-01(AP), Actor: Tatiana Miguél Colina, Demandado: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y Otros, CP Ruth Stella Correa Palacio; Sentencia de 17 de mayo de 2007, Rad.: 25000-23-26-000-2003-01042-01(AP), Actor: Fundación Un Sueño Por Colombia, Demandado: Nación - Ministerio de Comunicaciones y Otros, CP Ruth Stella Correa Palacio; Auto de 12 de diciembre de 2007, Rad.: 25000-23-26-000-2005-01856-01(AP), Actor: Nelson German Velásquez Pabón, Demandado: Concesionaria Vial de los Andes S.A. y otros, C.P. Enrique Gil Botero.

En tal virtud, la aplicación a los juicios populares del instituto del agotamiento de jurisdicción⁴ pretende impedir la coexistencia de procesos paralelos en tanto ello entraña una amenaza latente a la igualdad en la aplicación de la ley dado el grave riesgo de decisiones contradictorias. Se persigue, pues, evitar no sólo el innecesario desgaste de la jurisdicción, sino también el poner en tela de juicio la **seguridad jurídica**⁵ ínsita a toda decisión judicial y que es el sustrato del ejercicio de la función pública jurisdiccional (art. 228 CN y art. 1 LEAJ).

Por lo demás, el agotamiento de jurisdicción en sede popular busca la guarda de la **unidad del derecho** como postulado fundamental de la facultad estatal de impartir justicia (*iudicare munus publicum est*⁶). Se reitera, entonces, que:

“en el juicio de acción popular una vez trabada la relación jurídico procesal no pueden coexistir otros procesos sobre los mismos hechos debido a que el actor popular, cualquiera sea, representa la comunidad en el ejercicio de acción con búsqueda de protección de los derechos e intereses colectivos y no de los derechos subjetivos.

Por ello cuando luego del aparecimiento de un proceso, con la notificación de la demanda al demandado (s), se admite otra demanda (s) aparece un hecho contrario al agotamiento de jurisdicción, que dice que existiendo un juicio sobre determinados hechos no puede coexistir paralelamente otro sobre los mismos.”⁷

Con sujeción a lo expuesto, la Sala no ha dudado en declarar la nulidad de lo actuado en el segundo proceso popular, con arreglo a lo prescrito por el numeral primero del artículo 140 del CPC, aplicable por remisión expresa del artículo 165

⁴ Sobre la diferencia de esta figura con la de cosa juzgada en sede popular vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 23 de julio 2007, Rad. 25000-23-24-000-2005-02295-01(AP), Actor: Jose Elbert Gómez, Demandado: Alcaldía Local De Chapinero, CP Enrique Gil Botero.

⁵ “En Colombia la ‘seguridad jurídica’ suele identificarse tan sólo con una simple exigencia de cierta estabilidad regulatoria indispensable para que el inversionista pueda adelantar sus negocios, cuando esta categoría jurídica tiene cometidos mucho más ambiciosos. En efecto, la garantía de estabilidad de las normas es la esencia misma del Estado de Derecho: generalidad, claridad, coherencia y posibilidad de cumplimiento son presupuestos de ‘moralidad del derecho o moralidad que hace posible el derecho’ en términos de Lon L. Fuller . Así, mientras en otros países la seguridad jurídica ocupa lugar privilegiado entre sus prescripciones fundamentales -es el caso de España donde está contenida en el título preliminar de la Constitución de 1978 - nuestros juristas, con ocasión de la expedición de la Constitución de 1991 y a partir de una discutible lectura de la cláusula Estado social de Derecho , se enfrascaron en un falso dilema: seguridad jurídica versus justicia material, que desembocó en la bizantina controversia entre un ‘nuevo’ y un ‘viejo’ derecho que tanto daño le ha hecho a nuestra institucionalidad.”: *Legislador y juez: ¿garantías o amenazas al modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios?* en REVISTA CONTEXTO No. 18, Revista de derecho y economía, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Departamento de Derecho Económico, agosto de 2004 pág. 77 y ss

⁶ Juzgar es carga (función) pública PAULO, L, 78, D V, 1

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 16 de septiembre de 2004, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-00326-01 (AP-0326), Actor: Jaime Jurado Alavarán y Otros, C. P. María Elena Giraldo Gómez.

del CCA y por el artículo 44 de la ley 472 de 1998 al juicio popular, por “*falta de jurisdicción*” siempre y cuando previamente se establezca, sin lugar a dubitación alguna, que media identidad de objeto y de *causa petendi*:

“De acuerdo con el numeral 1 del Artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo, el proceso es nulo cuando se adelanta correspondiendo su conocimiento a otra jurisdicción⁸, entendiéndose por falta de jurisdicción ‘el hecho de que el proceso sea conocido por una autoridad judicial de rama diferente a la...contencioso-administrativa’,⁹ con mas veras lo será, cuando ya se ha promovido otro proceso sobre el mismo objeto y con la mismas causas habida consideración al hecho de que se ha consumado la jurisdicción.

“Los particulares cuando acuden al aparato jurisdiccional con el fin de que se les reconozca un derecho mediante la aplicación del ordenamiento jurídico al caso concreto, el pronunciamiento de fondo del funcionario judicial frente al problema planteado, conlleva a que con el actuar del particular quede agotada la jurisdicción, impidiendo que se pueda presentar ante ésta la misma controversia.

“En otros términos, la nulidad debe decretarse cuando se observa por parte del operador judicial que ya ha sido agotada la jurisdicción, previa la determinación de certeza de que existe identidad de partes, objeto y de causa petendi, en sentencias con efectos inter partes, y de entidad de objeto y de causa tratándose de sentencias con efectos erga omnes.”¹⁰

En este caso, en el escrito de demanda el actor popular formuló como “*petición especial*” la acumulación de esta acción con la radicada bajo el número 2002-00185 en el mismo Tribunal, la cual -dijo- fue instaurada con ocasión del mismo contrato y entablada en contra de los mismos accionados, para que fuesen decididas conjuntamente en una sola sentencia. Luego de admitida la demanda, el accionante insistió en dicha acumulación. A su vez, uno de los demandados (el municipio de Sincelejo) formuló como excepción “*asunto idéntico pendiente en otro proceso en curso, por la misma causa, hechos y pretensiones*”.

Por su parte, en la etapa de alegaciones en primera instancia el Ministerio Público observó que la acumulación de los procesos decretada por auto de 16 de julio de

⁸ Consejo de Estado, Sala Contenciosa Electoral. Expediente No. E-010 del 18 de octubre de 1986.

⁹ LOPEZ BLANCO Hernán Fabio, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, Tomo I, Bogotá, Edit. Dupre, 2005.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 12 de diciembre de 2005, Rad. 25000-23-25-000-2004-02148-01(AP) Actor: Martha Luz Barros Tovar Demandado: Ministerio de Minas y Energía y otros, C.P. Ruth Stella Correa Palacio

2003 no se ajusta a las exigencias que hacen procedente la acumulación, ya que lo pretendido por cada uno de los accionantes tiene una finalidad distinta, pues mientras en el proceso 2003-185 se busca la anulación del contrato de operación con inversión, en el proceso 2003-0618, por el contrario, se pretende que se mantengan sus efectos, con el fin de lograr el pago de los bienes de los que fue “despojado” el accionante. De modo que a juicio de la Procuraduría las pretensiones son excluyentes por lo que cada una amerita una solución jurídica diferente, en consecuencia solicitó la anulación de todo lo actuado a partir de la acumulación.

Mediante proveído de 3 de noviembre de 2004 el Tribunal *a quo* accedió a la solicitud del Ministerio Público al estimar que las pretensiones son excluyentes y no podían acumularse en la misma demanda, además de que los fines que se persiguen son completamente distintos. En consecuencia, resolvió “[d]eclarar *insubsistente, es decir sin efectos la actuación surtida a partir de la providencia de fecha 16 de julio de 2003, por medio de la cual se decretó la acumulación de los procesos números 2003-00185 y 2003-00618*” y ordenó remitir a cada uno de los magistrados ponentes de los respectivos procesos “*para que cada uno los tramite en forma independiente*”.

En el *sub lite* a la Sala no le fue posible verificar si idéntica demanda había sido admitida por esta jurisdicción ni que hubiese en curso procesos paralelos que versasen sobre idénticos hechos y pretensiones y que eventualmente podrían llevar a decisiones contradictorias. En efecto, las piezas procesales que podrían haber llevado a la Sala a ese convencimiento no obran en el plenario. El Tribunal *A Quo* hizo referencia en algunas providencias al auto que ordenó la “acumulación de los procesos” y al proveído que anuló todo lo actuado a partir del mismo, pero dichos proveídos no aparecen en el plenario, por lo que no existe manera de determinar -a partir de su contenido- si hay lugar o no a decretar el agotamiento de jurisdicción.

En tales condiciones la Sala entrará a decidir en segunda instancia el asunto, como pasa a hacerlo, por cuanto no pudo establecerse que coexistieran idénticos *petitum* y *causa petendi*, ni que estos hubiesen sido conocidos previamente en otro proceso popular.

2. La autonomía de la acción popular y el estudio de contratos estatales en sede popular

Varios de los demandados (la Nación-Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la CRA) formularon la excepción de improcedencia de la acción por existir otro mecanismo judicial, lo cual impone reiterar la jurisprudencia de la Sala en punto de la autonomía de la acción popular.

A diferencia de la acción de tutela que procede sólo cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial salvo que se utilice como mecanismo transitorio (art. 86 inc. 3º y numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991) y de la acción de cumplimiento que es improcedente cuando el afectado tenga otro medio de defensa judicial o cuando la protección de los derechos pueda ser garantizada mediante la acción de tutela (art. 9 de la ley 393 de 1997), la acción popular ostenta el carácter de autónoma o principal, habida consideración de su objeto y por ello su procedencia no está subordinada a que no existan otros medios de defensa judicial. Así lo ha señalado en forma reiterada la jurisprudencia, con apoyo en lo dispuesto por la ley 472 que desarrolla el artículo 88 Constitucional:

“La Sala tiene determinado que la acción popular no es subsidiaria, supletiva o residual, conclusión a la que se arriba de lo dispuesto por la ley 472, en particular en el artículo 1º que se ocupa del objeto de la ley, en el artículo 2º que define las acciones populares, en el artículo 9º relativo a la procedencia de las acciones populares y en el artículo 34 que señala el contenido de la sentencia popular.

En efecto, la acción popular está dotada de un carácter autónomo o principal, en razón a los móviles, motivos o finalidades de este instituto procesal que no son otros que la efectiva garantía de los derechos constitucionales objeto de tutela colectiva, cuando quiera que se produzca un daño o agravio a un interés cuya titularidad recae en la comunidad, en el marco de un nuevo *derecho solidario* que responda a fenómenos nuevos en la sociedad, como se indicó en la Constituyente. Consultada la historia fidedigna del establecimiento del artículo 88 Constitucional se tiene que los delegatarios a la ANAC asociaron la autonomía de estas acciones con la naturaleza misma de los derechos objeto de tutela colectiva:

‘Los derechos en cuestión propenden por (sic) la satisfacción de necesidades de tipo colectivo y social, y se diseminan entre los miembros de grupos humanos determinados, quienes los ejercen de manera idéntica, uniforme y compartida. Por su naturaleza e importancia, requieren un reconocimiento en la nueva Carta que fomente la solidaridad entre los habitantes del territorio nacional para

la defensa de vitales intereses de carácter colectivo y que propicie la creación de instrumentos jurídicos adecuados para su protección (...) De otra parte, subsisten acrecentadas las razones que en la historia de las instituciones jurídicas justificaron en su momento la aparición de estas acciones para defender los intereses de la comunidad (...)’¹¹

“Con fundamento en ello, la Sala ha señalado que la acción popular no es subsidiaria sino principal:

‘Se trata, pues, de la defensa especial de unos derechos o intereses cuya titularidad recae en toda la comunidad¹² y, por lo mismo, su prosperidad no puede desvirtuarse, por haberse interpuesto simultáneamente las acciones ordinarias¹³ pertinentes.

‘(...) Así las cosas, la existencia de otros medios de defensa judicial (como son las acciones tradicionales objeto de la jurisdicción en lo contencioso administrativo) en modo alguno torna improcedente su interposición.

‘(...) En tales condiciones se tiene que la acción popular no resulta improcedente por la existencia de otros medios judiciales de defensa, por no tener -como sucede con la acción de tutela (art. 86 inc. 3º) o la acción de cumplimiento (art. 9 de la ley 393 de 1997)- un carácter subsidiario¹⁴; *a contrario sensu*, tiene un trámite preferencial frente a las acciones ordinarias (art. 6 Ley 472 de 1998) y su titularidad o legitimación por activa la tiene toda persona (arts. 12 y 13 de la ley 472 y art. 1005 del C.C.) justamente por la índole de los derechos involucrados¹⁵, como se vio anteriormente.’¹⁶

¹¹ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Informe de ponencia para primer debate sobre derechos colectivos, Ponentes Iván Marulanda et al., en GACETA CONSTITUCIONAL No. 46, Bogotá, lunes 15 de abril de 1991, p. 21 y ss.

¹² Sobre el origen de los derechos colectivos Vid. PISCIOTTI CUBILLOS, Doménico, Los Derechos de la tercera generación, los intereses difusos o colectivos y sus modos de protección, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 36.

¹³ “*Su finalidad es pública; no persiguen intereses subjetivos o pecuniarios, sino proteger a la comunidad en su conjunto y respecto de sus derechos e intereses colectivos*” (RODAS, Julio César. Marco Constitucional de los derechos colectivos, en Acciones Populares: documentos para debate, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 1994, p. 175). En el mismo sentido CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias T 008 de 1992, T 528 de 1992, T 427 de 1992, T 437 de 1992, T 067 de 1993, T 163 de 1993, T 225 de 1993, T 231 de 1993 y T 254 de 1993.

¹⁴ La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado una y otra vez el carácter subsidiario del amparo constitucional. En la primera sentencia proferida por esa Corporación se afirmó sin ambages: “*la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la Carta le reconoce.*” (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 001 de 1992)

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 6 de diciembre de 2001, Exp. AP 221, C.P. Alir E. Hernández Enríquez: Tales derechos “*intrínsecamente, deben poseer la virtualidad de comprometer en su ejercicio a toda la sociedad*” (Sentencia de 16 de marzo de 2000, Exp. AP 021), pues “*responden a la urgencia de satisfacer necesidades colectivas y sociales, y son ejercidos por los miembros de los grupos humanos de una manera idéntica, uniforme y compartida*” (sentencia AP 043 de 1 de junio de 2000).

La defensa judicial de un derecho colectivo: “*no supone la existencia de una verdadera litis, pues su objeto no es la solución a una controversia, sino la efectividad de un derecho colectivo haciendo cesar su lesión o amenaza o que las*

“En tal virtud, ese carácter principal está subordinado a que el móvil sea efectivamente la protección y tutela de derechos de carácter colectivo, habida cuenta que esta acción constitucional está diseñada para la defensa especial de los derechos e intereses de la comunidad y, por lo mismo, su procedencia está supeditada a que se busque la protección de un bien jurídico diferente al subjetivo: los intereses difusos o colectivos¹⁷ o supraindividuales, de pertenencia difusa¹⁸ que dan lugar a una legitimación colectiva en cabeza de la comunidad¹⁹, bienes que son a la vez de cada uno y de todos²⁰ como un *‘remedio procesal colectivo frente a agravios y perjuicios públicos’* en palabras de Sarmiento Palacio²¹.

“Conforme a lo anterior, aunque por su carácter principal puede concurrir -como lo ha señalada la Sala- con la existencia de otros medios de defensa judicial²², su procedencia está subordinada a que mediante su interposición se pretenda la tutela de un interés o derecho colectivo.”²³

Con esta perspectiva, la jurisprudencia tiene establecida la procedencia de la acción popular cuando la conducta vulnerante del derecho o interés colectivo sea un contrato estatal, toda vez que -como ya se indicó- se trata de un instrumento

cosas vuelvan a su estado anterior si fuere posible” (CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 11 de marzo de 2003, Exp. AP 11001031500020021011-01)

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 5 de octubre de 2.005, actor: Procuraduría General de la Nación, demandado: Amadeo Tamayo Morón, Rad. 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01, C. P. Ramiro Saavedra Becerra. En el mismo sentido CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 10 de febrero de 2005, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01, Actor: Exenober Hernández Romero, Referencia: AP – 00254 Acción Popular, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro, La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civile -Métamorphoses de la procédure civile-, Revue Internationale de Droit Comparé- RICD, janvier-mars, 1975.

¹⁸ NICOTRA, Norberto, La Defensoría del Pueblo y las acciones populares: experiencia argentina, en V.V.A.A. Acciones populares y de grupo, nuevas herramientas para ejercer los derechos colectivos, Memorias del Seminario Internacional de Acciones populares y de grupo, Defensoría del Pueblo, Biblioteca de Derechos Colectivo, Ed. Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 74.

¹⁹ BEJARANO GUZMÁN, Ramiro. Las acciones populares, Ediciones Forum Pacis, 1993, p. 13.

²⁰ BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo, La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, Editorial José María Bosch, primera edición, Barcelona, 1995, p. 81.

²¹ SARMIENTO PALACIO, Germán, Las acciones populares en el derecho privado, Cabildo, No. 14, mayo de 1989.

²² Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 10 de febrero de 2005, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01, Actor: Exenober Hernández Romero, Referencia: AP – 00254 Acción Popular, C.P. María Elena Giraldo Gómez. En el mismo sentido, SECCIÓN PRIMERA, Auto de mayo 24 de 2001, Exp. AP 076, C.P. Olga Inés Navarrete; SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 9 de septiembre de 2004, Rad. 25000-23-27-000-2003-00571-01, AP 571, Actor Mario Efrén Sarmiento Riveros y otros contra la Superintendencia de economía solidaria; SECCIÓN TERCERA, Sentencia del 17 de junio de 2001, Exp. AP-166, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

²³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 22 de febrero de 2007, Rad. AP-19001-23-31-000-2004-01678-01, Actor: Sixto Orobio Montaña Y Otros, Demandado: Registraduría Nacional del Estado Civil– Regional Guapi y otros, C. P. Ruth Stella Correa Palacio

principal y autónomo que sin duda se constituye en instituto idóneo para la protección de los derechos e intereses colectivos, con independencia de la naturaleza de la conducta vulnerante. En efecto, el inciso segundo del artículo 40 de la ley 472 de 1998 -al regular el incentivo económico en acciones populares sobre moralidad administrativa- dispuso:

“Para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso”. (se subraya)

En consonancia el artículo 9, al ocuparse de la procedencia de las acciones populares, establece que éstas proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos, supuesto normativo que evidentemente cobija a la actividad contractual del Estado como una modalidad de gestión pública que ha de guiarse entre otros por los principios de moralidad, eficacia, economía, imparcialidad y publicidad²⁴, en tanto aquella se constituye en un instrumento básico para el cumplimiento de los fines del Estado.

No debe perderse de vista que las relaciones contractuales del Estado son una expresión nítida de la función administrativa, pues como afirma Escola:

“El contrato administrativo no es sino una forma de la actividad administrativa, es decir, de aquella actividad estatal ‘que tiene por objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos -que pueden ser reglamentarios, subjetivos o actos-condición- y operaciones materiales’ (Sayagués). La actividad administrativa es, en esencia, una actividad teleológica, que está enderezada al logro de una finalidad, la cual es la satisfacción de las necesidades colectivas y la obtención de los fines propios del Estado”.²⁵

En la misma línea del tratadista argentino, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que los negocios jurídicos en que sea parte el Estado son manifestación nítida de la función administrativa:

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 449 de 1992

²⁵ ESCOLA, Héctor Jorge. Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Volumen I, Parte General, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 110 y ss.

“por descontado se tiene que todo contrato estatal como expresión de la función administrativa (art. 209 C.N.)²⁶, tanto en su celebración como en su ejecución busca el cumplimiento de los fines estatales, por manera que los contratistas colaboran en el logro de los mismos y, en consecuencia, cumplen una función social que implica obligaciones (art. 3 ley 80 de 1993), o lo que es igual, las partes convergen en la satisfacción de un interés público²⁷ y ello es así - como afirma Vedel- porque el objetivo perseguido por la Administración ‘*debe ser siempre un objetivo de interés público*’²⁸, por ser éste el fin de la actividad del Estado²⁹ (...)”³⁰

Por manera que la contratación estatal en tanto compromete intereses colectivos de diversa índole (moralidad, patrimonio público, entre otros) es posible de ser estudiada en sede popular.

Ahora bien, la jurisprudencia y la doctrina revelan posiciones antagónicas en torno a la competencia anulatoria del juez popular respecto del contrato estatal en defensa de los derechos e intereses colectivos³¹, sin embargo, en el caso *sub examine* esta materia no será objeto de análisis en la medida en que no se discute la legalidad del contrato, sino la conveniencia de algunas de sus cláusulas desde la perspectiva de la defensa de los intereses colectivos.

Síguese de todo lo anterior que no tiene vocación de prosperidad la excepción formulada.

²⁶ Art. 209 C.P. inciso segundo: “Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado...”

²⁷ Al decir de Casagne “[e]l contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo...La finalidad pública y no la competencia jurisdiccional es lo que define y tipifica la institución del contrato administrativo con rasgos peculiares que lo distinguen tanto del contrato civil entre particulares como del regido parcialmente por el derecho civil...”: (CASSAGNE, Juan Carlos. El contrato administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 15 y ss.)

²⁸ VEDEL, Op. Cit. p. 531.

²⁹ MARIENHOFF, Op. Cit. p. 81.

³⁰ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, auto de 16 de marzo de 2005, Radicación número 25000232600020020121601 (27.921), Actor: Eptisa Proyectos Internacionales S.A. y Otros, Demandado: Instituto Nacional de Vías-Invias, Referencia: Contractual recurso ordinario de reposición, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En el mismo sentido CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de noviembre 25 de 2004, Radicación: 110010326000200300055-01, Expediente: 25560, Ref. Recurso de anulación de laudo arbitral, Actor: Sociedad Centrimed Ltda., Demandado: Hospital Militar Central.

³¹ Vid. CORREA PALACIO, Ruth Stella, La acción popular y el contrato estatal, Primer Encuentro de Derecho Público, Cali, junio de 2006.

Finalmente, si la autonomía distingue a la acción popular, no puede alegarse - como lo hace el recurrente- una pretendida “contradicción” con otras decisiones judiciales que haya adoptado el juez de instancia en sede de aprobación de conciliación frente a situaciones similares, ya que -como se indicó- el objeto en estos procesos populares es la defensa de los derechos colectivos y para ello el juez está dotado de amplios poderes.

3. Representación legal de la Nación en procesos populares

La Nación-Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial al contestar la demanda propuso la excepción de falta de legitimación pasiva, al estimar que no es la autoridad que haya violado o amenazado los derechos colectivos invocados. En el mismo sentido se pronunció la misma Nación-Ministerio de Ambiente-CRA, pero bajo el argumento de no tener competencia para diseñar modelos de contrato, participar en su elaboración y avalar contratos. Igualmente, la Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, aunque no propuso esta excepción, alegó no ser competente para conocer de este asunto.

La Sala advierte que en el *sub judice* se cumplió con el presupuesto de la legitimación en la causa por pasiva, en cuanto el actor dirigió la demanda, entre otros, contra la Nación, quien tiene vocación jurídica para obrar como demandada en este tipo de procesos populares. Por consiguiente, lo que debe determinarse es quién tiene la representación y no si existe legitimación por pasiva, lo cual depende del organismo o entidad del cual proviene la actuación transgresora que se demanda.

En efecto, como advierte la doctrina, el Estado Colombiano está constituido por un conjunto de personas jurídicas de derecho público que ejercen las distintas facetas del poder público (funciones públicas) y dentro de ellas se encuentra la Nación quien *“es la persona jurídica principal de la organización estatal en la cual se centraliza el conjunto de dependencias que ejercen las funciones públicas esenciales propias del Estado Unitario”*³². Así lo previó de vieja data nuestro ordenamiento jurídico al reconocer que la Nación es una persona jurídica (art. 80

³² IBAÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, Estudios de derecho constitucional y administrativo, Ed. Legis, Bogotá, segunda edición, 2007, p. 222.

ley 153 de 1887), a la cual pertenecen múltiples entidades y dependencias de las distintas ramas del poder público y de los entes autónomos.

Pero esa persona jurídica Nación está representada por diversos funcionarios de las distintas ramas del poder público que despliegan las tradicionales funciones públicas legislativa, administrativa y jurisdiccional y de los órganos autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado (vgr. las funciones públicas fiscalizadora y electoral), tal y como lo establece el artículo 149 del CCA (modificado por el artículo 49 de la ley 446 de 1998).

Nótese que no puede alegarse falta de legitimación por pasiva cuando la Nación es la entidad demandada, sino lo que hay que determinar es cuál de sus dependencias o entidades está encargada de su representación judicial en una acción colectiva particular y concreta. Así lo ha señalado esta Sala en sede de reparación directa, pero cuyas consideraciones son extrapolables al juicio popular:

“Ocurre, sin embargo, que esta persona jurídica (la Nación) está representada por diversos funcionarios según la rama del poder público o la dependencia u órgano que deba concurrir al proceso porque ‘los actos administrativos, los hechos, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas’ que juzga la jurisdicción de lo contencioso administrativo (art. 83 C.C.A.) les sean atribuibles de manera directa, de acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 149 C.C.A.

Podría afirmarse que el centro genérico de imputación - Nación - es una persona jurídica unitaria y como tal, para efectos procesales, considerada parte, sólo que en cuanto a su representación esa imputación se particulariza teniendo en cuenta la rama, dependencia u órgano al que, específicamente para los efectos de la responsabilidad extracontractual del Estado, se le atribuya el hecho, la omisión, la operación administrativa o la ocupación causante del daño indemnizable (art. 86 C.C.A.)³³.

En tal virtud, corresponderá determinar cuál es el organismo o entidad del cual proviene la actuación que se señala como vulnerante del derecho colectivo, asunto que definirá más adelante en esta providencia, ya que constituye el fondo de la controversia.

³³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de septiembre 4 de 1997, Radicación número: 10285, Actor: Efraín Campo Trujillo, Demandado: Nación- Ministerio de Justicia. En el mismo sentido Sentencia de 7 de diciembre de 2004, Ref. 14.676 (0491), Actor: Gustavo Sanz Robledo y otros, C. P. Alier E. Hernández Enríquez.

De lo expuesto anteriormente se tiene que tampoco prosperará esta excepción propuesta.

4. Coadyuvancia en acciones populares

Dos personas intervinieron en el proceso como coadyuvantes del escrito de demanda, mientras que otros tres “*coadyuvaron*” los escritos de defensa de los accionados, lo cual impone a la Sala precisar el alcance de este tipo de intervenciones en el proceso popular y determinar su procedencia o no.

El artículo 24 de la ley 472 de 1998 faculta a toda persona para “*coadyuvar estas acciones*”, en los siguientes términos:

“Artículo 24 **Coadyuvancia**: Toda persona natural o jurídica podrá coadyuvar estas acciones, antes de que se profiera fallo de primera instancia. La coadyuvancia operará hacia la actuación futura. Podrán coadyuvar igualmente estas acciones las organizaciones populares, cívicas y similares, así como el defensor del pueblo o sus delegados, los personeros distritales o municipales y demás autoridades que por razón de sus funciones deban proteger o defender los derechos e intereses colectivos”. (se subraya)

Una interpretación insular del precepto llevaría a concluir que la ley tan sólo autoriza la **coadyuvancia en lo activo** y la descarta e impide en lo pasivo, toda vez que alude tan sólo a la coadyuvancia de la acción, o lo que es igual, únicamente respecto de las pretensiones que formule la parte actora.

Sin embargo, una segunda lectura del precepto en armonía con la naturaleza, objeto y alcance de esta acción constitucional previstos en otras disposiciones permite concluir que la ley 472 en su conjunto lleva a una conclusión diversa: el ordenamiento jurídico no sólo autoriza la coadyuvancia en lo pasivo, sino que la prohíja.

Es de notar que este instituto procesal hoy está concebido como una *acción abierta a todos* en interés del orden jurídico³⁴, toda vez que el interés jurídico por ella tutelado no es individual, sino compartido por un número plural de personas. De ahí la denominación particular de este tipo de derechos, en tanto con ellos se

³⁴ BORÉ, Louis, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, Paris, 1997, p. 145.

busca la satisfacción de necesidades comunes o de defensa de la comunidad. Así se desprende de lo prescrito en forma categórica por el artículo 1º de la ley 472 que determina que estas acciones están orientadas a garantizar la defensa y protección de intereses colectivos.

Asimismo, es necesario precisar que estos medios procesales para la protección de derechos colectivos, como las define el artículo 2º de la ley 472, son un *instrumento tutelar del interés público* y constituyen un fiel desarrollo del *principio-deber de solidaridad* (art. 1 y 95.2 CN) y por ello proceden, como señala el artículo 9 de la citada ley, contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e interés colectivos.

Sobre los presupuestos anteriores, se ha de reiterar que el objetivo fundamental de estas acciones constitucionales es garantizar uno de los fines esenciales del Estado: **la efectividad de los derechos colectivos consagrados en la Constitución** (arts. 1, 78, 79, 82 y 88 CN), por lo que en muchos eventos revisten un carácter restitutorio, en orden a volver las cosas al estado anterior a la alegada violación.

Basta lo expuesto para advertir que la tutela efectiva de los derechos colectivos no sólo autoriza sino impone y exige en estas acciones públicas, la participación de la comunidad, quien por lo mismo debe ser informada a través de un medio masivo de comunicación o de cualquier medio eficaz, a efectos de garantizar su eventual intervención en cualquier sentido en esta acción pública (art. 21 de la ley 472).

Esa dimensión singular de los derechos colectivos evidencia la importancia de la apertura del proceso a todo aquel que desee intervenir, sin que ello exija forzosamente, como *prima facie* podría deducirse del citado artículo 24 de la ley 472, que sea solamente para coadyuvar la demanda popular. Si los derechos rebasan la esfera individual y si la solidaridad es el principio inmanente a estos procesos, la ley debe fomentar cualquier tipo de intervención en los mismos, ya sea para coadyuvar ora para impugnar lo expresado en la demanda.

En otros términos, al pertenecer estos intereses a una *pluralidad de sujetos* se precisa en el proceso de conocer las distintas perspectivas sobre su posible afectación, visión universal que ayudará al juez a adoptar una decisión que

realmente proteja los intereses jurídicos del colectivo, en el marco de un verdadero *derecho solidario*.

Por cierto, esta *solidaridad social* responde a los desafíos de las sociedades contemporáneas que ven amenazados derechos que a todos conciernen: medio ambiente, derecho del consumo, protección del patrimonio cultural, prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros bienes jurídicos de los cuales es titular la sociedad. No hay que olvidar que estos derechos suelen denominarse "*intereses difusos colectivos*" como atinadamente lo hace el profesor Cappelletti:

"(...) [n]uestra época, ya lo hemos visto, empuja violentamente al primer plano de nuevos intereses 'difusos', de nuevos derechos y deberes que, sin ser públicos en el sentido tradicional de la palabra, son 'colectivos'; sin embargo, nadie es titular de ellos al mismo tiempo que todos, o todos los miembros de un grupo dado, de una clase o de una categoría, son los titulares de ellos. ¿A quién pertenece el aire que respiro? El antiguo ideal de la iniciativa procesal centralizada a la manera de un monopolio entre las manos del solo sujeto al cual 'pertenece' el derecho subjetivo, se revela impotente ante derechos que pertenecen al mismo tiempo a todos y a nadie"³⁵

De ahí que se imponga, como enseña el profesor Pérez Luño, superar la *concepción individualista del proceso* lo cual supone una estrategia distinta para la defensa de intereses que no son privativos de una sola persona (en este caso el demandante).³⁶

Como corolario de lo expuesto, resulta evidente que si se trata de *remedios procesales colectivos* concebidos para proteger *derechos comunitarios*, esto es, no circunscritos a una persona en particular, cualquier individuo de la comunidad puede en interés de la misma no sólo acompañar las pretensiones formuladas, sino también está autorizado para impugnar la demanda y en consecuencia coadyuvar al accionado. Al fin y al cabo la sentencia popular terminará por afectar directa o indirectamente a una pluralidad de sujetos, dados sus efectos de cosa juzgada *erga omnes* (art. 35 de la ley 472)³⁷.

³⁵ CAPPELLETTI, Mauro, La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civile -Métamorphoses de la procédure civile-, Revue Internationale de Droit Comparé- RICD, janvier-mars, 1975.

³⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, Las generaciones de derechos humanos en Revista del Centro de Estudios Constitucionales No. 10, Madrid, septiembre-diciembre 1991, p. 215

³⁷ Vid. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C 377 de 2002, C 892 de 2006 y C 622 de 2007.

5. La modificación de la *causa petendi* y el principio de congruencia en la acción popular

Habida cuenta que el actor -en su escrito de alegaciones en primera instancia y en el recurso de apelación- formuló nuevas imputaciones a los accionados, la Sala a continuación estudiará el principio de congruencia y la modificación de *causa petendi* en sede popular.

La demanda se contrae a cuestionar la celebración y ejecución del contrato de operación con inversión No. 037 de 2002 mediante el cual EMPAS entregó la infraestructura afecta al servicio de acueducto y alcantarillado a Aguas de la Sabana ESP y al efecto se formularon las siguientes imputaciones:

- i) Se produjo un detrimento al patrimonio al haber sido despojada EMPOSUCRE de los bienes de su propiedad y que había entregado al municipio a título precario;
- ii) Se produjo detrimento patrimonial al prever en el contrato que su valor era indeterminado para efectos fiscales;
- iii) Se produjo detrimento patrimonial al pactarse una póliza de garantía irrisoria;
- iv) Se afectó y sigue afectándose el patrimonio por la cláusula que previó que los trabajadores de EMPAS que no se acogieran al plan de retiro voluntario seguirán siendo trabajadores de la entidad y continuarán gozando de los derechos, beneficios y prerrogativas contempladas en la Convención Colectiva de Trabajo;
- v) Se afectó la moral administrativa por pactarse que un ente paralelo a EMPAS haría la supervisión del contrato;
- vi) Se violan los derechos colectivos porque el contratista recupera su aporte con las ganancias por la ejecución de las obras;
- vii) Hubo “direccionamiento” en el proceso de selección del contratista;

viii) Se estipuló que el contratista constituiría un encargo fiduciario con violación de contratación pública;

ix) Con la pignoración de los recursos del sistema general de participaciones se hace un esguince al régimen de contratación estatal y al estatuto del Presupuesto; y

x) Se afectó la moralidad administrativa por celebrarse un contrato en condiciones censurablemente desventajosas para la administración y favor del contratista.

Adelante, el actor formuló nuevas imputaciones contra los accionados en los alegatos de primera instancia al afirmar que el operador en manera alguna ha mejorado la prestación del servicio y, por el contrario, éste se ha desmejorado como es de público conocimiento, lo cual fue reiterado en el recurso de apelación.

Nótese que en la relación fáctica que sirvió de fundamento a sus pretensiones, nada se dijo sobre esta nueva imputación formulada por el actor en los alegatos de primera instancia y en el recurso.

La Sala tiene determinado que el juez popular también debe respetar el principio de consonancia o congruencia que debe informar todo fallo judicial, en tanto la imparcialidad del juzgamiento exige identidad entre lo decidido, el *petitum* (las pretensiones) y la *causa petendi* (los hechos que le sirven de fundamento), aunque -también lo ha resaltado- en sede popular no reviste el carácter absoluto que por regla general tiene, en razón de la naturaleza de la acción y al particular carácter de los derechos objeto de amparo.

En cuanto hace específicamente a la *causa petendi* esta Sala ha señalado que el fallador en sede popular, no obstante sus amplios poderes, tiene restricciones fundadas en el respeto al debido proceso, pues aunque puede pronunciarse sobre el curso que los hechos vayan tomando mientras se tramita el proceso, lo que no le está permitido es invocar otros hechos distintos a los expuestos en el escrito de demanda, pues ello nada menos que significa modificar *motu proprio* la conducta trasgresora en franca violación del derecho fundamental al debido proceso, a las garantías procesales y al equilibrio entre las partes, que en sede popular están expresamente protegidos por el artículo 5º de la ley 472. Ha dicho la Sala:

“Dos restricciones tiene, pues, en esta materia el juez popular al decidir:

1.1 No le está permitido abordar el estudio de intereses colectivos no invocados en el escrito de demanda popular, bien sea de manera expresa o que se pueda inferir del contenido de los hechos.

1.2 Aunque la sentencia puede referirse al curso que vayan tomando los hechos y no sólo los invocados en la demanda, como en este caso que aunque aludía en un comienzo exclusivamente al proceso de selección del operador, es posible que aborde su resultado: el contrato mismo suscrito; no le es dado cambiar sustancialmente, como se intenta en el *sub lite*, en las alegaciones y en la apelación, la conducta trasgresora invocada en la demanda y traer ahora asuntos nuevos, sobre los cuales los accionados no tuvieron oportunidad de pronunciarse dentro del proceso.

Una y otra limitantes a los amplios poderes del juez popular, se erigen en una garantía del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 Constitucional). Con esta perspectiva, los ordinales a) b) y c) del artículo 18 de la ley 472 señalan que para promover una acción popular debe indicarse el derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado, los hechos que motivan la petición y la enunciación de las pretensiones, respectivamente. En la misma línea garantista, el inciso segundo del artículo 5º de la ley 472 dispone que el juez popular velará por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes, preceptiva que reproduce, en sede popular, el mandato general contenido en el artículo 9º de la ley Estatutaria de Administración de Justicia.”³⁸ (se subraya)

De modo que en punto de la *causa petendi* el juez popular también debe observar el principio de congruencia (art. 305 CPC) según el cual la sentencia debe estar en consonancia con los hechos aducidos en la demanda que impone la imparcialidad del juez. Identidad jurídica entre lo resuelto y los supuestos fácticos invocados que impone la garantía del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.N.)³⁹.

Principio de congruencia que si bien no reviste en sede popular los visos rígidos y absolutos que lo distinguen en las acciones subjetivas, en todo caso la decisión final debe referirse al curso que vayan tomando los hechos y no se contrae exclusivamente a los indicados en el escrito de demanda, siempre y cuando -ha

³⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 15 de agosto de 2007, Rad. AP-88001-23-31-000-2005-00004-01, Actor: Leandro Pájaro Balseiro, Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliario, C. P. Ruth Stella Correa Palacio, SV Mauricio Fajardo Gómez.

³⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, Tomo I, Decimotercera edición, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1994, Pág. 57.

precisado la Sala- *“la conducta que se sigue desplegando sea aquella acusada como trasgresora por el actor popular desde la demanda”*⁴⁰.

No debe perderse de vista que el literal b) del artículo 18 de la ley 472 dentro de los requisitos de la demanda exige la indicación de los hechos, actos, acciones u omisiones que motivan su petición, en orden a garantizar el derecho de defensa del accionado. A este propósito conviene reiterar el criterio de la Sala:

“(…) cuando durante el transcurso del proceso el trasgresor continúa con la realización de las conductas que desde un comienzo el actor indicó como vulnerantes del derecho colectivo cuya protección ha demandado, la sentencia debe pronunciarse no sólo en relación con los hechos de la demanda y los argumentos de la defensa, sino que además deberá referirse al curso que vayan tomando los hechos, a efectos de que la decisión tenga la virtualidad de abarcar con efectividad la protección de los derechos colectivos que encuentre vulnerados, con la condición de que la conducta que se continúa sea aquella acusada como transgresora desde la demanda, en aras de garantizar el debido proceso en una de sus manifestaciones más importantes, el derecho de defensa. Es decir, no puede el juez juzgar hechos cuya existencia no le ha sido puesta de presente en las oportunidades de que disponen las partes dentro del proceso.”⁴¹

En consecuencia, la Sala no entrará a estudiar la nueva imputación formulada por el accionante en cuanto se apoya en razones fácticas distintas a las que sirvieron de *causa petendi* al escrito de demanda popular, en franca violación del derecho de contradicción de los accionados.

6. Improcedencia del interrogatorio de la parte demandante en acciones populares

En su escrito de alegaciones en primera instancia Aguas de la Sabana S.A. ESP subrayó que ante la no comparecencia del demandante al interrogatorio de parte, el fallador debía apreciar dicha circunstancia como indicio grave en su contra, en los términos del artículo 210 del CPC.

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 16 de abril de 2007, Radicación número: AP 4400123310002004000640 01, Actor: Alex Adolfo Pimienta Solano, Demandado: Municipio de Albania y otros, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 16 de marzo de 2006, Radicación número: AP-130012331000200300239-01, Actora: Luz Yolanda Morales Peña, Demandado: Lotería de Bolívar, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

Como está acreditada la no comparecencia del representante legal de la entidad accionante a la audiencia programada por el *a quo* con el fin de que absolviera el interrogatorio de parte, según da cuenta el acta de la diligencia que obra a fl. 393 c.1, pasa la Sala a estudiar si la misma acarrea las consecuencias que dice tener uno de los accionados.

Si bien es cierto que el artículo 29 de la ley 472 de 1998 dispone que para las acciones populares son procedentes los medios de prueba establecidos en el Código de Procedimiento Civil, en relación con estas acciones -justamente por el jaez público que las distingue-, este medio de prueba⁴² o este instrumento para provocar la confesión de la otra parte⁴³ -según el criterio que se adopte- no es admisible cuando está dirigido a la parte actora, en tanto se opone a la naturaleza, fines y características de este instituto constitucional.

Prima facie parecería que, tal y como lo establece la legislación procesal civil, esta forma de declaración es procedente en sede popular toda vez que participaría del mismo propósito de la regulación procesal civil (arts. 194 a 210): Interrogar a la contra parte actora para cuestionarla sobre los hechos debatidos en el proceso y de esta suerte lograr que confiese hechos que benefician a la parte contraria (en este caso a la accionada).⁴⁴

⁴² Como lo ha reconocido nuestra jurisprudencia: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Sentencia de 14 de febrero de 1991, MP Rafael Romero Sierra.

⁴³ El profesor Devis Echandía al explicar la naturaleza jurídica del interrogatorio asegura que no es un medio de prueba, sino un instrumento para obtener la declaración de parte, en general, y su confesión, en particular (DEVIS ECHANDÍA, Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I, Ed. Temis, Bogotá, 5ª ed., Bogotá, 2002, p. 717). En el mismo sentido se pronuncia el profesor Parra Quijano niega que el interrogatorio sea un medio de prueba y advierte que “es simplemente un método o instrumento para provocar la confesión de la otra parte. Lo que sí es medio de prueba es la confesión que se obtenga utilizando el interrogatorio”: PARRA QUIJANO, Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, 14 ed., 2004, p. 470.

⁴⁴ Para que una declaración de parte constituya confesión se precisa que cumpla los siguientes requisitos: “(i) Que quien la rinda esté reconocido como parte en el proceso, bien sea como demandante, demandado, sucesor procesal, interviniente ad excludendum o litisconsorcial, pero debe tenerse presente que los sustitutos procesales, los litisconsortes y coadyuvantes pueden confesar en sus propios nombres, pero no en nombre del sustituido ni del coadyuvado ni de los otros litisconsortes, en relación con los cuales la confesión de aquél tendrá el valor de testimonio de tercero. En el caso del litisconsorte necesario, la confesión no puede producir efectos de plena prueba contra el confesante, debido a que la sentencia debe ser igual para todos y la confesión no puede vincular a los demás [Devis Echandía].

“(ii) Quien confiese debe tener plena capacidad, salvo excepción legal, y disponibilidad del derecho o de la obligación que se deduce del hecho confesado. La confesión debe: versar sobre hechos favorables a la parte contraria o perjudiciales al confesante; recaer sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba; ser expresa, consciente y libre, es decir, sin coacción física, psicológica o moral y rendirse con el cumplimiento de las formalidades procesales.

“(iii) La confesión debe ser rendida personalmente, a menos que exista autorización legal o convencional para hacerla a nombre de otro, como en el caso de los representantes legales o convencionales, mientras ejerzan el cargo y siempre que la confesión verse sobre hechos o actos relacionados con el ejercicio de sus funciones. Se exceptúa a los

No obstante, si la finalidad del interrogatorio de parte es obtener la confesión de la parte contraria, éste fin no resulta compatible con las acciones populares respecto de la parte actora, en tanto el accionante no está facultado para confesar a nombre de toda la comunidad, hechos favorables a la parte contraria o perjudiciales al confesante, pues esta eventual confesión afectaría a los demás titulares del derecho o interés colectivo en juego.

Adicionalmente, este tipo de “confesión” no reuniría ninguno de los dos requisitos de eficacia previstos por el C.P.C.:

- i) De una parte, el actor popular no tiene la **disponibilidad objetiva o poder dispositivo del derecho o interés colectivo** en juego, conforme lo establece el artículo 195.1 del CPC, toda vez que este tipo de derechos no son susceptibles de disposición por parte de una persona. Los derechos colectivos son indisponibles e irrenunciables ya que su nacimiento o extinción no penden de la voluntad de un solo individuo, al estar radicados en toda la comunidad y por lo mismo están íntimamente relacionados con el interés colectivo;
- ii) De otro lado, tampoco puede afirmarse que le asita al demandante popular **legitimación para el acto**, vale decir, que ostente autorización legal o convencional para que el demandante en acciones populares la haga a nombre de toda la comunidad (arts. 195.1, 197, 198 del CPC).

Recuérdese que la parte activa en las acciones populares no está radicada exclusivamente en la persona o personas que finalmente propusieron la demanda, sino que está radicada en toda la comunidad, quien puede -como ya se indicó- coadyuvar o impugnar su escrito.

representantes legales de algunas entidades públicas, porque su confesión no vale. En el caso de los apoderados judiciales, su confesión vale siempre que estén autorizados para ello por ley y en el poder tengan autorización para el efecto, la cual se presume para la demanda, las excepciones y la contestación.

“Por lo tanto, si la declaración del representante legal versa sobre hechos ajenos al desempeño de sus funciones o las del apoderado judicial sobre hechos ajenos al proceso no constituye confesión, aun cuando manifieste obrar a nombre de su representado o poderdante, pero, además, se requiere que aquéllos tengan facultades para imponer a éstos la obligación o para disponer del derecho que del hecho confesado se deduzca”: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Auto de 25 de octubre de 2006, Radicación número: AG-250002327000200400502-02, Actor: Ana Rocio Murcia Gómez y otros, Demandado: Alcaldía de Soacha, Referencia: Acción de grupo (apelación auto que negó pruebas), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Conviene subrayar que estas acciones excluyen motivaciones subjetivas o particulares⁴⁵, en tanto no se pretende la solución de controversia alguna, sino la efectividad de los derechos e intereses colectivos en juego⁴⁶. Si el interés jurídico protegido no es individual sino colectivo (arts. 1, 2, 9, 12 de la ley 472) y si la sentencia tiene efectos de *cosa juzgada* respecto del público en general -*erga omnes*- (art. 35 de la ley 472), mal podría permitirse que un accionante pudiera confesar hechos que afectarían a todo un colectivo, ya que ello entrañaría -nada menos- que el actor popular (por el sólo hecho de serlo) podría disponer de un derecho cuyo titular es la comunidad entera.

Tan claro es que el accionante no es el titular exclusivo o único de lo que demanda, que el artículo 21 de la ley 472 ordena informar a la comunidad por un medio masivo del auto admisorio de la demanda, con el objeto de que ella pueda vincularse al proceso bien para coadyuvar el escrito o ya para impugnarlo.

Con esta perspectiva, se tiene que el actor popular no puede aceptar en nombre de toda la comunidad los hechos que le sean a ésta desfavorables, porque ello no sólo desnaturalizaría la acción, sino también porque la comunidad a su vez no le ha otorgado potestad en este sentido, ni podría decirse que el actor popular la adquiere por ministerio de la ley, por el solo hecho de presentar el escrito de demanda. Por ello, no puede reconocerse efecto jurídico a manifestaciones que podría hacer un demandante popular en una diligencia de interrogatorio de parte, en tanto ellas originarían perjuicios a la colectividad que representa, la cual paradójicamente resultaría afectada con el proceder de alguien que dice ser su vocero.

Planteadas así las cosas, si la naturaleza y estructura del proceso popular no permite llamar a interrogatorio de parte al actor en tanto “representante” de la comunidad, menos aún sería posible extraer, como pretende uno de los accionados en este proceso, el *efecto de estirpe sancionatorio* -como lo denomina la jurisprudencia⁴⁷- derivado del incumpliendo de la carga procesal de comparecer a la audiencia, esto es, hacer presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles,

⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C 459 de 2004 y C 512 de 2004

⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 377 de 2002

⁴⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Sentencia de 28 de noviembre de 200, Exp. 5768, MP Carlos Ignacio Jaramillo.

contenidas en el interrogatorio escrito, conforme lo prescrito por el inciso primero del artículo 210 del CPC (modificado por el artículo 22 de la ley 794 de 2003).

En suma, si el proceso popular vincula por la parte activa no sólo a quien efectivamente presentó el escrito de demanda, sino a toda la comunidad no resulta procedente el interrogatorio de parte por activa y si ello no es posible, pues tampoco puede extraerse ningún tipo de consecuencias que la ley prevé para controversias intersubjetivas cuando quiera que cualquiera de las partes no asiste a la respectiva audiencia. Lo que da tanto como decir que de la no comparecencia a la diligencia de interrogatorio de la parte actora no dimana confesión ficta o presunta en sede popular.

7. Lo demostrado en el caso concreto: estudio de las múltiples imputaciones formuladas por el actor

Uno de los accionados, aportó con su escrito de alegaciones en primera instancia una serie de documentos (fls. 519 a 529 c.1). A este respecto, es necesario precisar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 183 del C.P.C., modificado por el artículo 18 de la Ley 794 de 2003, para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señaladas para ello en dicho código.

De allí que si **un medio de prueba es incorporado a la actuación luego de vencido el término probatorio** de que trata el artículo 209 del C.C.A, y éste no fue solicitado oportunamente, no es posible efectuar su valoración sin violentar los derechos fundamentales al debido proceso y a la contradicción, razón por la cual la Sala no estudiará dichos documentos.⁴⁸

Ahora, la copia del contrato de operación con inversión No. 037 celebrado 11 de diciembre de 2002 entre la empresa de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo de Sincelejo EMPAS SA ESP y la Sociedad Aguas de la Sabana SA ESP que obra en el expediente fue aportada, en atención a lo dispuesto por el *A Quo* en auto de 19 de enero de 2004 que abrió a prueba, por la

⁴⁸ En este sentido vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de 2 de marzo de 2006, Rad.: 20001 2331 000 2003 01848 01, Actor: ONG Fundarecza, C. P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta y SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Radicación núm.: 44001 2331 000 2004 00259 01, Actores: Omelia Gómez Solano y otro, C. P.: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

Comisión de Regulación de Agua Potable-CRA, quien en el oficio remisorio al Tribunal indicó que dicha copia reposa en los archivos de la Comisión (fls. 408 a 457 c. 1).

Debido a que el actor formuló en su escrito de demanda diez imputaciones, la Sala estudiará cada una de ellas por separado en orden a determinar si lograron o no acreditarse en el plenario:

7.1 Imputación de “expropiación de facto”: La cláusula 16° del contrato

Alega el actor que en la cláusula 16 del contrato de operación con inversión se estipuló que los bienes que le había entregado EMPOSUCRE en liquidación⁴⁹ al municipio de Sincelejo ⁵⁰ eran de propiedad de EMPAS, sin autorización del departamento ni de los socios de Emposucre⁵¹, lo cual a su juicio constituye una “*expropiación de facto*”.

En dicha cláusula se convino:

“Cláusula 16. Propiedad de los bienes e infraestructura. Los bienes muebles y los inmuebles de propiedad del CONTRATANTE que sean entregados para uso y goce del OPERADOR seguirán siendo de propiedad del CONTRATANTE. El OPERADOR los tendrá bajo su guarda y será responsable por su existencia, integridad y utilidad, de conformidad con la ley y lo previsto en este contrato.”

La Sala advierte que la sola estipulación acordada no constituye prueba de la titularidad del dominio de los bienes a que la misma hace referencia, como tampoco por virtud de la misma se transfiere derecho real alguno⁵².

⁴⁹ La Empresa de Obras Sanitarias de Sucre Ltda. en Liquidación aparece matriculada en el Registro Mercantil, bajo el No. 2,160-03, según el certificado de existencia y representación legal fechado el 9 de mayo de 2003 y aportado en original al proceso (fls. 28 y 29 c. 1).

⁵⁰ El 12 de enero de 1989 ante el Notario Primero del Círculo el Instituto Nacional de Fomento Municipal-INSFOPAL, transfirió a los municipios usuarios de Emposucre Ltda., la totalidad de las cuotas sociales de su propiedad en dicha empresa, de las cuales recibió el municipio de Sincelejo 2'332.614 cuotas por valor de \$88.359.304,70 según da cuenta la copia auténtica de la escritura de cesión de cuotas No. 24 de dicha Notaría (fls. 30 a 34 c. 1)

⁵¹ Mediante escritura pública No. 989 de 9 de junio de 1989 el liquidador de la Empresa de Obras Sanitarias de Sucre S.A. elevó a ese instrumento la disolución de dicha empresa adoptada por la Asamblea General de Accionistas el 1 de junio de 1989, según da cuenta la copia auténtica del mismo (fl. 37 a 41 c. 1)

⁵² Mediante convenio interadministrativo celebrado entre la Empresa de Obras Sanitarias de Sucre Ltda. en Liquidación y el Municipio de Sincelejo, el 18 de octubre de 1989, la primera hizo entrega al segundo a título de administración de las instalaciones del acueducto y alcantarillado, según da cuenta la cláusula primera del citado convenio, el cual fue allegado en copia auténtica (fls. 42 a 50 c.1).

En adición, no obra en el plenario, prueba alguna de la titularidad de dichos bienes, tan sólo hay una copia simple de un inventario parcial -y no definitivo- de los bienes afectos a la prestación del servicio de acueducto (y no los de alcantarillado) que aportó uno de los demandados (fls. 224 a 230 c. 1), elaborado por un consultor del entonces Ministerio de Desarrollo, tal y como se desprende de la copia simple de un oficio interno de ese Ministerio suscrito por una consultora regional de apoyo financiero para Córdoba y Sucre y dirigido a una Consultora de modernización empresarial de la Dirección General de Agua Potable y Saneamiento Básico.

La Sala tiene determinado que las copias informales carecen de valor probatorio en los términos del artículo 252 y 254 del Código de procedimiento Civil, dado que las copias simples no son medios de convicción que puedan tener la virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretendan hacer valer ante la jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 254 del C. de P. Civil antes citado.⁵³

En consecuencia, no hay lugar a acceder las pretensiones primera y segunda de la demanda popular, toda vez que no fueron acreditados los hechos que en este aspecto se soporta el escrito de demanda.

Correspondía al actor popular acreditar este aserto y no limitarse a formular aseveraciones sin apoyo probatorio alguno.

La Sala pone de relieve que en un caso sustancialmente idéntico al que hoy se estudia y frente a una demanda popular formulada por el mismo actor, por hechos semejantes, pero frente a otro municipio y con ocasión de otro contrato de operación con inversión, se pronunció en los siguientes términos:

“Es así como de la lectura del contrato se podría pensar que los bienes afectos a la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado y sus actividades complementarias son de propiedad de ‘el contratante’ que, para el caso concreto se trata de Empacor,

53 “...la exigencia del numeral 2º del artículo 254 es razonable, y no vulnera el artículo 83 de la Constitución, como tampoco el 228. En este caso, la autenticación de la copia para reconocerle ‘el mismo valor probatorio del original’ es un precepto que rige para todas las partes en el proceso, y que no tiene otra finalidad que rodear de garantías de certeza la demostración de los hechos, fundamento del reconocimiento de los derechos....” Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-023 de 11 de febrero de 1998, M.P. Jorge Arango Mejía.

puesto que se hace referencia a ellos como de propiedad de 'el contratante'. Sin embargo, no es una cláusula contractual de este tipo y pactada en estos términos, el medio jurídico a través del cual se puede determinar la titularidad de derechos reales sobre bienes, como tampoco constituye título o modo a través del cual se puedan transferir estos derechos.

La deducción a la que llegaría cualquier lector del contrato, no es más que eso, una deducción que, en ningún evento tendría la virtualidad de crear efectos jurídicos en relación con los derechos de propiedad que se tenga sobre los bienes en cuestión.

Debe la Sala resaltar que no obra en el proceso ninguna prueba conducente que permita acreditar la titularidad o la transferencia de los derechos reales sobre los bienes en mención, por lo que no es posible determinar quién es su propietario. Así, no existe ningún fundamento jurídico o probatorio para acceder a las pretensiones primera y segunda de la demanda. Para establecer que Emposucre fue 'despojada' de sus bienes y que, en consecuencia, tiene derecho a que se le pague el valor de los mismos, se requiere tener certeza sobre los derechos de propiedad."⁵⁴

Por lo demás, y aunque lo expuesto es suficiente para despachar negativamente las pretensiones que se analizan, es importante destacar que el carácter principal de la acción popular, al que se hizo referencia en acápite anterior, está subordinado a que el móvil sea efectivamente la protección y tutela de derechos de carácter colectivo.

Esta acción constitucional está diseñada para la defensa especial de los derechos e intereses de la comunidad y, por lo mismo, su procedencia queda supeditada a que se persiga la protección de un bien jurídico diferente al subjetivo: los intereses difusos o colectivos⁵⁵ o supraindividuales, de pertenencia difusa⁵⁶ que dan lugar a una legitimación colectiva en cabeza de la comunidad⁵⁷, bienes que son a la vez de cada uno y de todos⁵⁸ como un "*remedio procesal colectivo frente a agravios y perjuicios públicos*" en palabras de Sarmiento Palacio⁵⁹.

⁵⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 19 de julio de 2006, Radicación número: 70001-23-31-000-2003-00793-01(AP), Actor: Emposucre en liquidación, Demandado: Ministerio de Comercio Industria y Turismo y Otros, C.P. Alier Eduardo Hernandez Enríquez.

⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro, La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civile -Métamorphoses de la procédure civile-, Revue Internationale de Droit Comparé- RICD, janvier-mars, 1975.

⁵⁶ NICOTRA, Norberto, La Defensoría del Pueblo y las acciones populares: experiencia argentina, en V.V.A.A. Acciones populares y de grupo, nuevas herramientas para ejercer los derechos colectivos, Memorias del Seminario Internacional de Acciones populares y de grupo, Defensoría del Pueblo, Biblioteca de Derechos Colectivo, Ed. Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 74.

⁵⁷ BEJARANO GUZMÁN, Ramiro. Las acciones populares, Ediciones Forum Pacis, 1993, p. 13.

Con esta perspectiva, la Sala tiene determinado que no es admisible ventilar en sede popular controversias sobre derechos que no ostenten el carácter colectivo.

Así en una demanda en que un actor popular pretendía que se ordenara al liquidador de una empresa de servicios públicos domiciliarios que revocara la resolución mediante la cual decidió las reclamaciones presentadas en el trámite de liquidación, los créditos aceptados y rechazados, señalara la naturaleza de los mismos, su cuantía, la prelación para el pago y las preferencias o privilegios que la ley establece, la Sala dejó sentado que:

“(…) no resulta admisible tratar de transformar veladamente pretensiones de naturaleza subjetiva en *petitum* de carácter colectivo, con el único propósito de forzar un pronunciamiento judicial en sede popular. Al efecto, es preciso reiterar que los derechos colectivos no pueden confundirse en su tutela judicial con los derechos individuales que pueden ser comunes a un grupo determinado de personas. Frente a los intereses subjetivos la ley estableció los recursos, las acciones y los procedimientos necesarios para que pueden pugnar por la integridad del orden jurídico (art. 89 C.P.). No basta entonces con revestir de cierto tinte ‘colectivo’ cualquier *causa petendi* para dar lugar para su discusión en sede popular. Si algunos acreedores pudieron haberse visto afectados por las determinaciones del liquidador, ellos debieron recurrir a los recursos y acciones que el Código Contencioso prevé al efecto, tanto en su primera como en su segunda parte.”⁶⁰ (se subraya)

En sentido similar se pronunció luego al estudiar una controversia relativa al cobro irregular de unos tributos, en donde reiteró que mal pueden alegarse derechos subjetivos en un debate judicial que debe versar exclusivamente sobre derechos colectivos como es la sede popular.⁶¹

Idéntico criterio asumió la Sala al establecer la improcedencia de la acción popular para decidir controversias sobre un derecho real de servidumbre, el cual

⁵⁸ BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo, La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, Editorial José María Bosch, primera edición, Barcelona, 1995, p. 81.

⁵⁹ SARMIENTO PALACIO, Germán, Las acciones populares en el derecho privado, Cabildo, No. 14, mayo de 1989.

⁶⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN, Sentencia de 25 de octubre de 2006, Radicación número: AP-25000-23-24-000-2004-01843-02, Actor: José Omar Cortés Quijano, Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y otro, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 16 de octubre de 2007, Rad. AP-52001-23-31-000-2005-01549-01, Actor: Fundación Jurídica de Colombia, Demandado: Municipio de Ipiales y Otros, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio.

independientemente del número plural de accionantes no es un derecho colectivo sino subjetivo y por ello reiteró que:

“En tal virtud, si lo que se demanda es el derecho a una servidumbre, independientemente del número plural de accionantes (puede tratarse efectivamente de toda una comunidad), esta sola circunstancia no troca el carácter real del derecho⁶² en derecho colectivo pasible de protección en sede popular⁶³.

Por consiguiente, al tratarse de derechos subjetivos no es la acción popular el escenario para ventilar controversias relativas a pretendidos derechos reales de servidumbre, como que éstos no ostentan el carácter de colectivos.”⁶⁴

Consiguientemente cabe inferir que la disputa que plantea el actor en el *sub lite*, en cuanto se refiere a las pretensiones que se estudian, no configura en realidad una amenaza o vulneración efectiva de los derechos colectivos invocados y por lo mismo no es la acción popular el escenario procesal para ventilar controversias de orden subjetivo o particular entre entidades de naturaleza estatal.

Se reitera así que la acción popular no obstante su carácter autónomo no es un instituto que puedan utilizar las entidades estatales para dirimir controversias particulares sobre derechos subjetivos que entre ellas se presenten. Esta línea jurisprudencial fue ratificada por esta Sala al estudiar una acción popular en la que se pretendía que se amparasen los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público con ocasión de un crédito no pagado por una entidad pública a otra:

“(…) repárese que en virtud de las acciones populares se persigue la protección de derechos e intereses colectivos, evitando el daño contingente, cesando el peligro o la amenaza, la vulneración o agravio, o restituyendo las cosas al estado anterior de ser posible, es decir, que tiene un objetivo bien definido, que se contrapone en la obtención en forma principal de solucionar problemas subjetivos entre dos entidades públicas, derechos involucrados en ese conflicto

⁶² O de limitación al derecho de dominio (art. 793 C.C.)

⁶³ Caso particular son las servidumbres legales de uso público, esto es las impuesta por la ley (art. 888 del C.C.) como es el caso de la prevista por la ley 56 de 1981 que tienen los dueños de los predios de permitir el tendido o instalación de líneas de conducción eléctrica, o la prevista por el artículo 118 del decreto 2811 de 1974, conforme al cual los dueños de los predios ribereños están obligados a dejar libre de edificaciones u cultivos el espacio necesario para los usos autorizados por la ley, o para la navegación, o la administración del respectivo curso o lago, o la pesca o actividades similares.

⁶⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 16 de octubre de 2007, Radicación número: AP-41001-23-31-000-2004-00351-02, Actor: Mario Arturo Ortiz y otros, Demandado: Municipio de Neiva y otros, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

que no se demostró que trascienda de la esfera subjetiva de los mismos. Entonces, la acción popular, por principio, no es el escenario procesal para ventilar controversias sobre derechos que no ostenten el carácter de colectivos, como es la obtención del pago de un crédito, tal y como ocurre en el presente asunto.

En este sentido, también resultan improcedentes las pretensiones planteadas por el actor en esta vía judicial, pues, como puede apreciarse, es claro que lo que se persigue en este proceso bajo la égida de la vulneración de unos derechos colectivos, es ventilar una controversia particular entre dos entidades públicas, CORPORINOQUIA y CORPOMACARENA, respecto de unos derechos de crédito por concepto del porcentaje o sobretasa ambiental; es decir, se busca la protección de un derecho particular y subjetivo, en tanto se traduce en demandar la solución respecto a quién radica la titularidad de unos derechos de crédito que, por regla general y dado su carácter, amén de no estar asociado a un derecho colectivo como se anotó, goza de otro tipo de garantías legales mediante procedimientos diversos al popular, como el que se mencionó.

Por consiguiente, tal y como lo ha explicado en otras oportunidades la Sala, tampoco resulta admisible tratar de transformar pretensiones de naturaleza subjetiva en *petitum* de carácter colectivo, con el único propósito de forzar un pronunciamiento judicial en sede popular⁶⁵, razón por la cual no es procedente esta acción respecto de las súplicas incoadas por el actor.

En síntesis, la Sala considera que por los hechos esgrimidos por el actor no existe vulneración o amenaza al derecho colectivo a la moralidad administrativa lo cual, de acuerdo con las consideraciones anteriores, no significa pronunciamiento alguno sobre la competencia para adelantar dicho cobros y para ejecutar esos recursos, cuestión que deberá ser desatada mediante los procedimientos administrativos de definición de competencias.”⁶⁶ (subrayas fuera de texto original)

7.2 Imputación relativa a la indeterminación del valor del contrato: Cláusula 8ª

EMPOSUCRE aduce en la demanda que al haberse dispuesto en la cláusula 8ª que valor del contrato de operación era indeterminado para efectos fiscales, se afectaron las rentas estatales en beneficio del contratista.

⁶⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. AP1843, Sentencia de 25 de octubre de 2006, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; actor: José Omar Cortes Quijano; demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y otros.

⁶⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 16 de octubre de 2007, Rad.: AP-500012331000200400058-01, Actor: Héctor Iván Santiago Agudelo, Demandado: Corporación Autónoma Regional de Orinoquía–Corporinoquia, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio.

En este aspecto, igualmente advierte la Sala que esta cláusula por sí sola no configura vulneración de los derechos colectivos invocados, porque resulta razonable su acuerdo teniendo en consideración que el valor del contrato no es posible de cuantificar *ab initio*, esto es, al momento de su celebración. La remuneración del operador dependerá de lo que termine recibiendo vía tarifa por concepto de consumo del servicio, sin que se admisible involucrar en el valor del contrato las inversiones que hacen las entidades estatales para el mejoramiento del sistema de acueducto y alcantarillado, pues evidentemente estas no remuneran los servicios prestados por el contratista, sino que tienen por objeto el beneficio de la comunidad de Sincelejo.

Correspondía al actor demostrar que dicha estipulación vulneraba o amenazaba los intereses colectivos que invocó en el escrito de demanda. Reitera así la Sala el criterio expuesto en una demanda interpuesta también por EMPOSUCRE contra otro municipio por hechos similares al que hoy se estudia:

“Revisado el expediente, observa la Sala que, como lo afirmó la parte demandante, el valor del contrato fue pactado en estos términos, en la cláusula octava del mismo, lo cual, no sólo no es inusual en este tipo de negocios jurídicos, sino que por sí misma, no constituye una violación de los derechos colectivos, como lo manifestó el actor. Siendo él quien debe asumir la carga de la prueba, debió entonces demostrar dicha vulneración. Sin embargo, una vez revisado el material probatorio, se encuentra que ésta no fue de manera alguna acreditada. Es por esta razón que el argumento presentado por la parte actora en este aspecto, no es más que una mera alegación sin sustento probatorio alguno.”⁶⁷

7.3 Imputación referente al valor de la póliza de cumplimiento: Cláusula 55 del contrato

Emposucre en la demanda indicó que Aguas de la Sabana otorgó una póliza de cumplimiento por valor de cinco millones de pesos (\$5.000.000,00), la cual estima “*irrisoria*” y que evidencia “*la largueza extrema*”.

A este respecto, el capítulo XVII del contrato de operación con inversión No. 037 de 2007 en lo relativo a las garantías estableció:

⁶⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 19 de julio de 2006, Radicación número: 70001-23-31-000-2003-00793-01(AP), Actor: Emposucre en liquidación, Demandado: Ministerio de Comercio Industria y Turismo y Otros, C.P. Alier Eduardo Hernandez Enríquez.

“Cláusula 55. Garantías. El OPERADOR deberá constituir a su costa y a favor del CONTRATANTE, con una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia o con una entidad bancaria, las siguientes pólizas:

“Garantía de cumplimiento. (...).

“La garantía de cumplimiento deberá tener como beneficiario al CONTRATANTE y como afianzado el OPERADOR y deberá extender su cobertura a los siguientes amparos:

i) Amparo de cumplimiento del contrato: este amparo tiene como finalidad garantizar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que asume en razón de la celebración, ejecución y liquidación de este contrato. El valor asegurado deberá ser equivalente a CINCO MIL MILLONES DE PESOS (\$5.000.000.000.00) y se constituirá por vigencias anuales renovables por el OPERADOR hasta un plazo igual al plazo del contrato y seis (6) meses más y deberá renovarse anualmente con un (1) mes de anterioridad al vencimiento (...). (subrayas de la Sala)

De la simple lectura se advierte que no es cierto lo aseverado por el actor popular en su demanda, merced a que de acuerdo con la cláusula transcrita la garantía no debía ser otorgada por valor de cinco millones de pesos, sino por cinco mil millones de pesos; suma de que de manera alguna es “*irrisoria*” como éste asegura.

En este punto, además, el actor se limitó a cuestionar el valor del amparo de cumplimiento sin que haya aportado elemento de prueba alguno tendiente a acreditar que la misma resulta insuficiente.

7.4 Imputación atinente a la supervisión e interventoría del contrato: Cláusula 59.2

Según el demandante por virtud de la cláusula 59.2 se creó un ente paralelo a EMPAS para que verificara la ejecución del contrato, lo cual genera un gasto oneroso que podría asumir directamente la empresa, cuando esta actividad podría haber sido asumida por ella sin costo alguno, supervisión que -por lo demás- es distinta de la interventoría de obras también prevista en el contrato.

Conforme a la cláusula 59.2:

“Cláusula 59. Interventoría técnica y supervisión del contrato de operación con inversión.

59.1 Interventoría técnica. La interventoría técnica será responsable de realizar la interventoría de la (sic) obras y actividades derivadas del contrato de operación con inversión, relacionadas con el diseño, ampliación, rehabilitación y construcción de la infraestructura de acueducto y alcantarillado, incluyendo los aspectos ambientales, dicha interventoría será realizada por el operador, a su costo, directamente o por un tercero.

Los costos de la interventoría técnica correspondiente a las obras e inversiones financiadas con los recursos provenientes del préstamo BIRF CO-7077 estarán a cargo de la Nación, la cual transferirá dichos recursos al encargo fiduciario, para contratar la interventoría técnica de estas obras deberá seguirse los procedimientos de contratación establecidos por el Banco Mundial.

El costo de la interventoría técnica de las obras e inversiones financiadas con recursos municipales u otros recursos públicos, será cubierto con los mismos recursos y serán transferidos al encargo fiduciario. Dicha interventoría la podrá realizar el operador, con sujeción a las reglas establecidas en este contrato y a los pliegos de condiciones y los adendos.

59.2 Supervisión del contrato de operación con inversión. El CONTRATANTE, a través de la contratación de una firma especializada, en desarrollo de las labores de supervisión del contrato, se encargará de verificar el cumplimiento de las obligaciones emanadas del presente contrato, relacionadas con la prestación de los servicios y el cumplimiento de las metas de cobertura y calidad de los servicios, durante el desarrollo de la totalidad del contrato de operación con inversión. La firma que adelantará estas labores de supervisión del contrato, será seleccionada mediante la celebración de convocatoria pública. El SUPERVISOR representará al CONTRATANTE frente al OPERADOR.

Las facultades relacionadas en la presente cláusula no autorizan al CONTRATANTE ni a la firma encargada de la supervisión del contrato para impartir órdenes o instrucciones al OPERADOR, que afecten la autonomía en la operación, rehabilitación, ampliación o mantenimiento de dicha infraestructura, sino que se limitará a verificar el correcto cumplimiento del presente contrato y a exigir la ejecución de los correctivos necesarios para asegurar el adecuado cumplimiento del presente contrato.

En lo concerniente a la ejecución de las inversiones a cargo del OPERADOR, financiadas con sus propios recursos o con los aportes del municipio y la Nación, y en general para la verificación del cumplimiento del presente contrato en todos sus aspectos, el CONTRATANTE podrá supervisar el desempeño del OPERADOR, solicitando, a su conveniencia, copias de las constancias y los soportes que comprueben que se efectuaron las inversiones correspondientes y además, se reserva el derecho de efectuar visitas a la infraestructura de los servicios para verificar la correcta ejecución de dichas inversiones, o el cumplimiento de las demás obligaciones asumidas por el OPERADOR, para lo cual también podrá solicitar los documentos que requiera.

El fideicomitente deberá entregar a la entidad fiduciaria en los cinco (5) primeros días de cada trimestre, durante todo el plazo del contrato de operación con inversión, la suma igual a treinta y siete millones quinientos mil pesos (\$37.500.000.00) por concepto de supervisión del contrato de operación que suscriba el CONTRATANTE. Esta suma se indexará anualmente de acuerdo al IPC del año inmediatamente anterior; si dicha supervisión fuere asumida directamente por el CONTRATANTE, la suma indicada será entregada directamente al mismo, o a la firma supervisora contratada o mediante pagos a las personas y por los conceptos que el CONTRATANTE disponga. La no entrega oportuna de estas sumas por parte del fideicomitente a la fiduciaria generará intereses de mora a la tasa máxima permitida por la ley, de conformidad con la certificación que para ese efecto expida la Superintendencia Bancaria, sin perjuicio de las demás sanciones contractuales a que haya lugar. El CONTRATANTE proporcionará al OPERADOR una copia del contrato celebrado entre éste y el supervisor del contrato de operación. Así mismo, el CONTRATANTE

deberá enviar periódicamente al Ministerio de Desarrollo Económico copias de los informes del supervisor del contrato de operación.
La fiduciaria deberá cancelar trimestralmente la supervisión del contrato, dentro de los cinco (5) días finales del mes con el que comience cada trimestre”.

En este evento tampoco la sola previsión contractual que permite la supervisión o interventoría del contrato por parte de un tercero, entraña vulneración automática de los derechos colectivos.

En cuanto a la pretendida duplicidad de funciones, que insinuó el Ministerio Público en primera instancia, conviene indicar que: i) esta no fue una imputación que plantease el actor en la demanda ni en la adición; ii) que aún si fuese posible estudiar el tema, se advierte del tenor de las cláusulas transcritas que las cláusulas 59.1 y 59.2 tienen objetos diversos, toda vez que mientras la primera atañe a la construcción de obras civiles, la segunda tiene un propósito diverso: la verificación de la prestación regular del servicio en especial en lo que hace a calidad y cobertura.

Es de resaltar que en oficio de respuesta al *A Quo* el gerente de la Empresa oficial de acueducto, alcantarillado y aseo de Sincelejo, EMPAS SA ESP informó que *“la supervisión del contrato de operación con inversión, suscrito con Aguas de la Sabana S.A. E.S.P., la está adelantando directamente la empresa, tal y como lo contempla la cláusula 59 numeral 59.2 (...)”* (fl. 304 c. 1), documento público que no fue tachado de falso.

Correspondía, pues, al actor acreditar que la cláusula afecta los derechos colectivos que invoca como infringidos y no limitarse a formular una apreciación subjetiva sobre el alcance de una cláusula contractual, tal y como lo dijo la Sala frente a una cláusula idéntica en la providencia que hoy se reitera:

“Es pertinente señalar que el derecho privado, aplicable al contrato que ahora se estudia, no consagra la obligación de contratar interventorías para ninguna clase de contratos. Por lo tanto, en el presente contrato de concesión, la entidad concedente puede ejercer las labores de vigilancia y control, en forma directa.

Lo anterior, interpretado en concordancia con la cláusula 59.2 del contrato, permite concluir que, Empacor, teniendo la obligación de realizar la interventoría del mismo, podía realizarla a través de funcionarios de la misma entidad (interventoría interna) o a través de interventores externos contratados por la entidad (interventoría

externa o supervisión, como se denominó en la cláusula 59.2 del presente contrato). Es importante resaltar que estas dos posibilidades estuvieron contempladas en la cláusula en mención (ver apartes resaltados) y que ninguna de ellas vulnera los derechos colectivos invocados o las reglas del derecho privado.”⁶⁸

7.5 Imputación relativa a que el negocio jurídico es “desventajoso” para el contratante: aportes económicos de las partes

De acuerdo con el demandante, mientras la Nación y el municipio hacen importantes aportes para la ejecución de las obras, el contratista operador recupera su aporte con las ganancias por la ejecución de las obras, lo cual torna desventajoso el negocio jurídico.

A este respecto el contrato que se estudia dispone:

“CAPÍTULO VII. APORTES DE LA NACIÓN, DEL MUNICIPIO Y DEL CONTRATANTE.

Cláusula 13. Aportes del contratante. El CONTRATANTE se obliga a realizar aportes a la operación del contrato con inversión, en las cuantías y oportunidades que se establezcan a continuación, de conformidad con el convenio interadministrativo No. _____ (sic) de diciembre 12 de 2002, suscrito entre EMPAS ESP y el municipio de Sincelejo, con base en el acuerdo del Concejo No. 021 del 19 de diciembre de 2001 y el 019 de 17 de diciembre de 2001.

PERIODO DE APORTES DEL MUNICIPIO	MONTO DE LOS APORTES (a precios del 2002)
2003	731.138.000
2004	731.138.000
2005	731.138.000
2006	731.138.000
2007	731.138.000
2008	731.138.000
2009	731.138.000
2010	731.138.000
2011	731.138.000
2012	731.138.000
2013	731.138.000
2014	731.138.000
2015	731.138.000
2016	731.138.000
2017	731.138.000

⁶⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 19 de julio de 2006, Radicación número: 70001-23-31-000-2003-00793-01(AP), Actor: Emposucre en liquidación, Demandado: Ministerio de Comercio Industria y Turismo y Otros, C.P. Alier Eduardo Hernandez Enríquez.

2018	731.138.000
2019	731.138.000
2020	731.138.000
2021	731.138.000
2022	731.138.000

Los aportes de que trata esta CLÁUSULA, teniendo en cuenta su cuota parte mensual, serán girados al encargo fiduciario constituido por el OPERADOR para la administración y manejo de los aportes públicos. Dichos recursos serán transferidos al banco o corporación donde el municipio los recibe del MINHACIENDA, lo cual deberá realizarse dentro de los cinco días siguientes a la recepción de los mismos en dicho banco o corporación.

Cláusula 14. Aportes de la Nación. La Nación, por medio del Convenio de Subproyecto de Apoyo Financiero celebrado entre el Ministerio de Desarrollo Económico, el municipio y el OPERADOR, se compromete a efectuar aportes al municipio de Corozal - Sucre para contribuir al desarrollo del presente contrato de operación con inversión. El monto de los aportes de la Nación será de (...) \$4.517.924.480 (...). Los recursos anteriormente mencionados que serán aportados por la Nación, provienen del empréstito BIRF 7077-CO, por lo tanto los procesos de adquisición y contratación de bienes y servicios y de obra civil, deberán ajustarse a las guías y procedimientos internacionales que disponen dichas entidades para tales efectos.

(...) **CAPÍTULO X. RÉGIMEN ECONÓMICO GENERAL.**

Cláusula 32 Financiación del OPERADOR. El OPERADOR está obligado a financiar todas las inversiones que se haya comprometido a realizar con sus propios recursos en su propuesta, así como todos los costos, gastos y demás erogaciones que se requieran en todo momento para cumplir con el objeto contractual, para lo cual adelantará oportunamente todas las diligencias para la consecución de los recursos necesarios. El CONTRATANTE no se obliga a participar directa o indirectamente en las gestiones que realice el OPERADOR con tal fin, ni adquiere ningún tipo de obligaciones relacionada con este tema.

El operador tiene la obligación de asumir por cuenta propia el costo total de las inversiones, contempladas en su propuesta, con cargo a los aportes de capital a la obtención de créditos o a cualquier otra fuente de financiación.⁶⁹

Cláusula 33. Remuneración del CONTRATANTE. El OPERADOR se compromete a pagar al CONTRATANTE, en razón del uso y goce de los bienes entregados, las siguientes sumas:

- i) Para el pago de los servicios de supervisión del contrato de operación con inversión, que serán contratados por el CONTRATANTE, el OPERADOR deberá cancelar anticipadamente los primeros cinco días de cada trimestre de cada año de operación y durante todo el plazo del contrato de operación con inversión, la suma

⁶⁹ A folio 493 aparece un cuadro en copia aportado a instancias del A Quo por la CRA contentivo del “resumen anual plan de obras e inversiones (POI) y fuentes, acueducto de Sincelejo” donde en una columna se discriminan año por año (desde el 2003 hasta el 2022) el monto de las inversiones “privadas”.

de treinta y siete millones quinientos mil pesos (\$37.500.000) con el fin de ejercer la supervisión de que trata el Capítulo XVIII del presente contrato.

ii) Inversiones a favor del CONTRATANTE. El CONTRATANTE recibirá como contraprestación por la entrega del uso y goce de los bienes, las inversiones que realice el OPERADOR en la infraestructura de los bienes afectos a la prestación de los servicios.

Cláusula 34. Remuneración del OPERADOR El OPERADOR recibirá como única remuneración por la ejecución del contrato, las sumas provenientes de los cargos fijos y los cargos variables en función del consumo, siguiendo la metodología establecida por la CRA y las disposiciones generales que regulan la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado y sus actividades complementarias, con las salvedades pactadas en el presente contrato.

En consecuencia, el CONTRATANTE no pagará al OPERADOR suma alguna como remuneración por la prestación de los servicios objeto del presente contrato, sin perjuicio del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, cuando haya lugar a ello, de conformidad con los términos pactados en este contrato.”⁷⁰

No advierte la Sala que las estipulaciones relacionadas con el régimen económico del contrato antes transcritas, en especial las relativas a los aportes que corresponden al contratista y los que atañen a la Nación y al Municipio (éste último con recursos de ley 715), configuren por sí solas una violación o amenaza a los derechos colectivos que invocó la demanda como infringidos.

El hecho de que la Nación haga aportes cuantiosos a efectos de apalancar el plan de obras e inversiones en orden a mejorar la prestación del servicio y que el Municipio comprometa los recursos provenientes del sistema general de participaciones (ley 715) al sistema de acueducto y alcantarillado, no resulta en modo alguno reprochable en esta sede popular. Se explica más bien en el cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y legales de asegurar la prestación de los servicios públicos, en el marco de un Estado Social de Derecho, justamente para hacer efectivos otros derechos colectivos (seguridad y salubridad públicas, acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública y acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna).

Por otra parte, no es el juez popular a quien compete formular juicios de valor sobre la conveniencia o no de la modalidad comercial que adopte la administración

⁷⁰ A folios 362 y 362 c. 1 aparece un cuadro elaborado por Aguas de la Sabana que contiene los datos de ingresos y recaudos por servicios durante el año 2003, discriminado así: i) servicio de acueducto, ii) servicio de alcantarillado, iii) manejo financiero del servicio y iv) total acumulado, en el que se lee que el primero registra un déficit acumulado de 2.923.879.388, el segundo de 1.741.581.932, el tercero de 63.638.081, para un total de 4.729.099.401.

para el cumplimiento de los fines a su cargo, para así determinar cuál es el mejor sistema de operación de los servicios de acueducto y alcantarillado, o si el que se somete a su estudio resulta más aconsejable desde el punto de vista técnico, administrativo o financiero.⁷¹

El rol del juez popular se contrae a determinar si hay o no afectación a los derechos colectivos, con base en las pruebas obrantes en el proceso, y no en convertirse en el sucedáneo de la autoridad administrativa para que *ex post facto* evalúe la conveniencia o no de una política pública. En otros términos, no es tarea del juez constitucional determinar si las inversiones (grandes o pequeñas) que demanda el cumplimiento de las disímiles fines a cargo del Estado (art. 2 CN), constituyen o no decisiones acertadas desde el punto de vista administrativo, cuando ello no tiene relevancia desde la perspectiva de la tutela de los intereses colectivos.

El papel del juez popular se limita a establecer si dichas decisiones implican o no vulneración del patrimonio público, y para poder establecerlo debe apoyarse estrictamente en el material probatorio aportado al proceso y no en simples apreciaciones de carácter subjetivo.

Subsecuentemente, en este punto también correspondía al actor la carga de demostrar las infracciones alegadas, sin que bastase una mera remisión al contenido obligacional acordado en el contrato y a unas apreciaciones subjetivas sobre su supuesta inconveniencia.

El anterior planteamiento constituye presupuesto para afirmar que no resulta de recibo el llamado que hace el actor en la etapa de alegaciones en esta instancia, en el sentido de que es deber de la justicia constitucional “*frenar este tipo de privatizaciones*”, tal y como lo indicó esta Corporación en un evento similar al que hoy se estudia, al encontrar que la sola decisión administrativa no acarrea *per se* infracción de derecho colectivo alguno y que corresponde al demandante la carga de demostrarlo:

⁷¹ En el mismo sentido ver CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 16 de abril de 2007, Rad. AP-05001-23-31-000-2004-03831-01, Actor: Edwin Alberto Bermúdez Barbarán, Demandado: Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá-Etmva y otros, C. P. Ruth Stella Correa Palacio y SECCIÓN QUINTA, Sentencia del 24 de agosto de 2001, expediente: 73001-23-31-000-2000-1704-01(AP-100), actor: Procurador Provincial de Ibagué, C.P. Darío Quiñónez Pinilla.

“las alternativas de gestión para mejorar la eficiencia de una empresa corresponde a una conducta administrativa que, por regla general, es ajena al juez. De ahí que no es una facultad de los jueces señalar si el esquema de participación privada es una alternativa de gestión deseable o conveniente para la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado, pues corresponde a un estudio de conveniencia político y económico, que, mientras no comprometa la validez normativa de la decisión, el juez no puede inmiscuirse en la definición de la naturaleza jurídica de la empresa. En consecuencia, la definición de una alternativa de gestión de una empresa será una decisión política que no involucra la decisión judicial, mientras no desborde los límites jurídicamente permitidos.”⁷²

Los anteriores razonamientos imponen a la Sala reiterar lo expresado en oportunidad precedente, frente a una demanda presentada por EMPOSCUCRE, con ocasión de un contrato de operación de contenido casi idéntico al que hoy se estudia pero contra otro municipio:

“De las cláusulas transcritas, no encuentra la Sala de qué manera pudieron haberse vulnerado los derechos colectivos invocados, pues, es claro que, tanto la Nación y el municipio de Corozal -en cumplimiento de los mandatos constitucionales y procurando la realización de los fines del Estado-, como Aguas de la Sabana, se obligaron a efectuar los respectivos aportes o inversiones para lograr la adecuada ejecución y desarrollo del contrato. Adicionalmente, las contraprestaciones pactadas -las cuales, tratándose de este tipo de contratos, no siempre se traducen en el pago de sumas de dinero- no evidencian un menoscabo a los intereses de la colectividad.

En este punto, como en los anteriores, la parte actora no cumplió con el deber que le impone la Ley 472 de 1998 de demostrar los fundamentos fácticos de sus pretensiones, razón por la cual está alegación tampoco será acogida.”⁷³

7.6 Imputación de “direccionamiento del proceso de selección del contratista”: Los adendos de la licitación

Asegura el actor que mediante los cuatro adendos *“la administración fue sacando poco a poco después de haber hecho la publicación de la convocatoria, para dejar por fuera a posibles competidores del contratista que resultó finalmente beneficiado”*. Revisado el material probatorio obrante en el plenario, no encuentra

⁷² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Sentencia del 24 de agosto de 2001, Exp. 73001-23-31-000-2000-1704-01(AP-100), actor: Procurador Provincial de Ibagué, C.P. Darío Quiñónez Pinilla.

⁷³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 19 de julio de 2006, Radicación número: 70001-23-31-000-2003-00793-01(AP), Actor: Emposucre en liquidación, Demandado: Ministerio de Comercio Industria y Turismo y Otros, C.P. Alier Eduardo Hernandez Enríquez.

la Sala prueba alguna que respalde la aseveración contenida en este apartado de los hechos de la demanda.

En efecto, obra copia del pliego de condiciones de la Convocatoria Pública No. 001 de 2002, los adendos de la convocatoria, entre otros documentos previos a la celebración del contrato, documentos que fueron aportados el actor en copia simple, por lo que la Sala no podrá darles valor probatorio (folios 51 a 149 del c. 1).

Razón por la cual en este punto tampoco se accederá a lo solicitado.

7.7 Imputación relativa a la selección del encargo fiduciario: Cláusula 9, numeral 25 del contrato

Dice el recurrente que la estipulación según la cual el operador constituiría un encargo fiduciario para el manejo de los recursos públicos destinados a la ampliación de la infraestructura afecta al servicio, quebranta lo dispuesto por el numeral 5º, ordinal 4º del artículo 32 de la ley 80 que dispone que la selección de la fiduciaria debe hacerse por licitación o concurso.

En desarrollo de lo previsto en la cláusula novena, contentiva de las obligaciones generales del operador, la sociedad Aguas de la Sabana SA ESP y la Fiduciaria Bogotá S.A. celebraron el contrato de encargo fiduciario irrevocable de administración, inversión y pagos para la ejecución del contrato de operación con inversión, cuya copia fue remitida al Tribunal por el gerente de EMPAS y por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (fls. 367 a 381 y fls. 394 a 406 c.1).

Esta cláusula por sí sola no configura violación o amenaza de interés colectivo alguno, además resulta claro que si un particular celebra con otro un contrato, no tiene que estar sometido al estatuto de contratación estatal, de modo que el artículo 32 de la ley 80 sólo resulta aplicable a los encargos fiduciarios que celebran las entidades estatales y por lo mismo no se predica de eventos como éste. No debe olvidarse que de conformidad con lo dispuesto por el parágrafo 1º del artículo 39 de la ley 142, en consonancia con el numeral 39.3 del citado precepto, este contrato de operación se rige por el derecho privado.

Correspondía al actor acreditar que lo pactado afectaba los derechos invocados, lo cual en este punto tampoco tuvo lugar.

7.8 Imputación referente a la pignoración de los recursos del sistema general de participaciones

Según el actor el operador presenta a la sociedad fiduciaria el plan de trabajo y ésta paga los valores que el operador dice deber, quien a su turno ejecuta directa o indirectamente las obras, sin que tenga que participar el municipio., lo cual en su entender supone un “esguince” al régimen de contratación estatal y a las normas presupuestales.

Este mecanismo de financiación (la pignoración de los recursos del sistema general de participaciones) no constituye por sí solo tampoco una afectación a los derechos colectivos invocados, una vez más el actor se limita a hacer una descalificación de un instrumento de canalización de recursos públicos sobre la base de que los mismos entrañan un pretendido “*fraude a la ley*”, que de un lado no explica y que, más grave aún, no acredita en orden a probar la afectación de los intereses colectivos invocados.

7.9 Imputación de configuración de una donación o auxilio a favor del operador privado.

Dice el actor que el negocio jurídico celebrado configura uno de aquellos prohibidos por el artículo 355 CN, en tanto los recursos para financiar las obras provienen sólo del Estado (Municipio y Nación), mientras que al operador sus ingresos constituidos por las tarifas le quedan “*libres*”.

Esta imputación no deja de ser una variante más de la ya estudiada con anterioridad en cuanto al régimen económico del contrato, por lo que la Sala se remite a lo allí consignado.

Sólo habría que precisar que en este caso no estamos delante de una de las donaciones o auxilios prohibidos por la Constitución en su artículo 355, toda vez

que los recursos del orden nacional y territorial que se aportan al contrato no tienen por destinatario al contratista sino al usuario final⁷⁴.

Es el consumidor quien será el beneficiario de dichos aportes necesarios para el cumplimiento de las metas de ampliación y mejoramiento de la cobertura del servicio, según lo estipula la cláusula 14 del contrato y por lo mismo no son girados al contratista, sino al encargo fiduciario constituido para el manejo y administración de esos dineros públicos.

Con estas medidas, de una parte, se logra la concreción material de los cometidos sociales del **Estado Social de Derecho** (art. 1 Superior) -y que precisamente lo distinguen, del Estado de Derecho en cuanto a su naturaleza y cometidos⁷⁵- al ser imputables al cumplimiento de un deber constitucional y legal: asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos (art. 365 CN, art. 5.1 de la ley 142) mediante el apoyo financiero a las empresas de servicios públicos (arts. 3.1 y 8.4 de la ley 142).

Todo lo cual se enmarca en uno de los fines de la intervención del Estado en este sector económico: la atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico (art. 366 inc 2º CN, art. 2.2 de la ley 142).

De otra parte, con la asignación de estos recursos se busca promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, en perfecto acatamiento del mandato dinámico o función promocional previsto en los incisos segundo y tercero del artículo 13 Superior, vale decir, la **igualdad material** a través de la

⁷⁴ Sobre el alcance del artículo 355 Constitucional vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 6 de marzo de 2008, Rad. 17001-23-31-000-940531029-01 (16.613, Actor: Municipio de Manzanares (Caldas), Demandado: Fondo de Vivienda Municipal Del Municipio de Manzanares, Referencia: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho, C. P. Ruth Stella Correa Palacio y TRUJILLO ALFARO, Jorge Luis, *Presupuesto: Una aproximación desde la planeación y el gasto público*, Colección Textos de Jurisprudencia, Colegio Mayor del Rosario, Bogotá, 2007, p. 50 y ss

⁷⁵ “Un cambio constitucional sin precedentes tuvo lugar en 1991 con la transformación del modelo de Estado de Derecho -propio del Estado liberal burgués decimonónico- en el Estado Social de Derecho: su fase más avanzada de evolución (art. 1 C.P.). Cláusula fundada en el respeto de la dignidad humana, inspirada en la superación de la antinomia Estado versus Sociedad, proyectada en el mandato dinámico de igualdad material que exige un trato a favor (discriminación positiva) y construida desde la solidaridad como valor superior fundante de todo nuestro ordenamiento jurídico; solidaridad que, en su acepción moderna de ‘deber’, a la par define los caracteres esenciales de nuestra constitución inscritos en su parte dogmática y da sentido a toda su parte orgánica”: *‘La solidaridad en el modelo tarifario de los servicios públicos domiciliarios’*, en Contexto No. 19, Revista de Derecho y Economía, septiembre de 2004, Universidad Externado de Colombia, p. 41.

materialización de esta cláusula transformadora, propia de un modelo social de Estado de derecho fundado en el respeto a la dignidad humana (art. 1 CN).

Por lo demás, estos aportes públicos a la mejora de la infraestructura del servicio de acueducto y alcantarillado constituyen una **manifestación nítida de la intervención del Estado** en la vida económica y social (art. 334 CN), no sólo autorizada sino también ordenada por el régimen constitucional y legal de los servicios públicos domiciliarios, como ya se indicó. Es por ello que usualmente se les reconoce el carácter de *subsídios implícitos* cuando quiera que se pacta que los mismos no pueden ser trasladados al usuario en su tarifa, los cuales constituyen una excepción a la prohibición rotunda del artículo 355 Constitucional.⁷⁶

7.10 Imputación relativa a la situación laboral: Cláusula 40º del contrato

El actor también reprocha la cláusula 40 del contrato por cuya virtud:

“Cláusula 40. Situación laboral. En este contrato no opera la figura de la sustitución patronal entre el CONTRATANTE y el OPERADOR. Los trabajadores del CONTRATANTE, que no se acojan al Plan de Retiro Voluntario, seguirán siendo trabajadores de la entidad y seguirán gozando de todos los derechos, prerrogativas, beneficios y obligaciones contempladas en la convención colectiva de trabajo suscrita entre el CONTRATANTE y el sindicato. El CONTRATANTE delegará en el operador la prestación del servicio público de acueducto, alcantarillado y actividades complementarias y el OPERADOR con sus propios trabajadores operará la infraestructura de dichos servicios. Cabe anotar que entre los trabajadores oficiales del CONTRATANTE y el OPERADOR no existe ni existirá relación laboral o contractual alguna.”

Para acreditar que esta cláusula ha vulnerado los derechos colectivos el actor en sus alegaciones subraya que según información de prensa se han pagado más de tres mil millones de pesos a los trabajadores de EMPAS que no se acogieron al plan de retiro voluntario y que no pasaron a prestar sus servicios al nuevo operador. Esta aseveración no es más que eso: una simple afirmación sin apoyo probatorio.

⁷⁶ Sobre los subsidios en servicios públicos domiciliarios vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 2 de marzo de 2006, Radicación número: AP-66001-23-31-000-2004-00543-01, Actor: José Omar Cortes Quijano, Demandado: Municipio de Pereira, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

No resulta admisible respaldar su imputación con lo expresado en un diario de la Región, que carece de eficacia probatoria para acreditar lo afirmado, tal y como lo ha señalado la Sala:

“ (...) los reportes periodísticos allegados al expediente carecen por completo de valor probatorio⁷⁷, toda vez que se desconoce su autor y su contenido no ha sido ratificado y, adicionalmente, por tratarse de las informaciones publicadas en diarios no pueden ser consideradas dentro de un proceso como una prueba testimonial⁷⁸, como que adolecen de las ritualidades propias de este medio de prueba⁷⁹: no fueron rendidas ante funcionario judicial⁸⁰, ni bajo la solemnidad del juramento, ni se dio la razón de su dicho (art. 227 C.P.C.)⁸¹.

⁷⁷ En modo alguno se les puede dar igual tratamiento que al Diario Oficial que por su autoría tiene valor probatorio: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Sentencia de 27 de junio de 1996, Rad. 9255, C.P. Carlos A. Orjuela G.

⁷⁸ En ocasiones la jurisprudencia los ha tratado como documentos privados provenientes de terceros no ratificados y desprovistos de todas las ritualidades previstas en la ley (arts. 252 a 254 y 277 del C. de P. C.): CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 15 de junio de 2000, exp. 13.338, C.P. Ricardo Hoyos Duque: “las informaciones publicadas en diarios no pueden ser considerada dentro de un proceso como una prueba testimonial porque carecen de los requisitos esenciales que identifican este medio probatorio, en particular porque no son suministradas ante un funcionario judicial, no son rendidos bajo la solemnidad del juramento, ni el comunicador da cuenta de la razón de la ciencia de su dicho (art. 228 C.P.C.), pues por el contrario, éste tiene el derecho a reservarse sus fuentes. Los artículos de prensa pueden ser apreciados como prueba documental y por lo tanto, dan certeza de la existencia de las informaciones, pero no de la veracidad de su contenido. Debe recordarse que el documento declarativo difiere de la prueba testimonial documentada. Por lo tanto, si bien el documento puede contener una declaración de tercero, el contenido del mismo no puede ser apreciado como un testimonio, es decir, la prueba documental en este caso da cuenta de la existencia de la afirmación del tercero, pero las afirmaciones allí expresadas deben ser ratificadas ante el juez, con el cumplimiento de los demás requisitos para que puedan ser apreciadas como prueba testimonial.” En el mismo sentido CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Sentencia de 10 de noviembre de 2000, Radicación número: 18298, Actor: Renata Maria Guadalupe Lozano, Demandado: Nación-Ministerio de Defensa, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

A juicio de la Sala Plena: “ Le asiste razón al actor en argumentar que los ejemplares del diario "El Tiempo" y de la revista "Cambio" no resultan inconducentes, ya que por regla general la ley admite la prueba documental, y no la prohíbe respecto de los hechos que se alegan en este caso. Asunto distinto será el mérito o eficacia que el juez reconozca o niegue a dichos impresos. Así, se revocará la denegación de la prueba a que alude el actor respecto de los artículos del Diario y Revista indicados, por encuadrar como pruebas conforme al artículo 251 del Código de Procedimiento Civil y en su lugar se decretará la misma para que sea aportada por el solicitante de ella, dada la celeridad de este proceso”: CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Auto de 20 de mayo de 2003, Rad. PI-059, C.P. Tarsicio Cáceres Toro, SV Ricardo Hoyos Duque, Camilo Arciniegas Andrade, Maria Elena Giraldo Gómez, Ligia López Díaz, Ana Margarita Olaya Forero, Juan Angel Palacio H.

En otras providencias ha señalado que la información periodística sólo en el evento de que existan otras pruebas puede tomarse como un indicio simplemente contingente y no necesario: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Sentencia de 30 de mayo de 2002, Rad. 1251-00, C.P. Alberto Arango Mantilla.

⁷⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Sentencia de 18 de septiembre de 1997, Rad. 10230, C.P. Silvio Escudero Castro.

⁸⁰ Hay eventos en los cuales el testimonio no se rinde ante el funcionario judicial, como las declaraciones ante notario o alcalde (art. 299) y la declaración por certificación en razón del cargo (art. 222 C.P.C). No obstante, en estos casos deben reunirse las formalidades legales previstas para que los mismos tengan valor probatorio dentro de los procesos.

⁸¹ No debe perderse de vista que a los periodistas les asiste el derecho a reservarse sus fuentes.

Estos recortes de prensa tan sólo constituyen evidencia de la existencia de la información, pero no de la veracidad de su contenido, por lo que no ostentan valor probatorio eficaz merced a que se limitan a dar cuenta de la existencia de la afirmación del tercero, pero las afirmaciones allí expresadas deben ser ratificadas ante el juez, con el cumplimiento de los demás requisitos para que puedan ser apreciadas como prueba testimonial. De modo que el relato de los hechos no resulta probado a través de las publicaciones periódicas a que se alude en la demanda,⁸² habida consideración que no configura medio probatorio alguno de lo debatido en el proceso⁸³, pues tan sólo constituyen la versión de quien escribe⁸⁴, que a su vez la recibió de otro desconocido para el proceso.”⁸⁵

Ahora, en el auto que abrió a prueba el *a quo* ordenó la práctica de una prueba pericial con arreglo a lo establecido por el art. 32 ley 472, peritaje que fue solicitado por la parte demandante para que, entre otros aspectos, se determinara el monto de la carga laboral que ilegal e injustamente asumió EMPAS con sus trabajadores que no se acogieron al plan de retiro voluntario y a los que es necesario pagarle sus salarios y demás prestaciones. Aunque el perito se posesionó, según da cuenta el acta de la diligencia respectiva (fl. 390 c. 1), finalmente no rindió el informe respectivo, no obstante haber pedido una ampliación del término para rendirlo (fl. 407 c.1).

Sin embargo, la Sala destaca que a folios 382 a 389 c.1 obra copia auténtica de dos fallos de tutela proferidos por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Sincelejo el 17 de julio de 2003 y el 8 de agosto de 2003, en los cuales se accedió el amparo del derecho al mínimo vital solicitado por varios trabajadores contra EMPAS ESP, en tanto dicha empresa les adeuda varios meses de sueldo del año 2003, sentencias que demuestran que los trabajadores de dicha empresa se encontraban sin función alguna, dado que para conceder el amparo al derecho al mínimo vital solicitado el juez de tutela estableció que los trabajadores que no se acogieron al plan de retiro voluntario, siguieron vinculados a esa entidad y no pasaron a laborar al nuevo operador en la medida en que no hubo sustitución patronal. Según uno de esos pronunciamientos de tutela:

⁸² En el mismo sentido CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Sentencia de 25 de enero de 2001, Rad. 3122, C.P. Alberto Arango Mantilla.

⁸³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Sentencia de 16 de enero de 2001, Rad. ACU 1753, C.P. Reinaldo Chavarro.

⁸⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Sentencia de 6 de junio de 2002, Rad. 739-01, C.P. Alberto Arango Mantilla.

⁸⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 1º de marzo de 2006, Radicación número: 25000-23-31-000-1998-10649-01(16587), Actor: Eusebio Alarcón Lozano Y Otros, Demandado: Nación-Mindefensa-Policía Nacional, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

“(…) basta mirar los testimonios recaudados en este asunto, de los cuales surge la precaria situación por la que atraviesan los señores tutelantes, quienes no obstante encontrarse sin funciones, mantienen su condición de empleados de la empresa EMPAS, siendo ellos ajenos absolutamente, al proceso de reestructuración o liquidación, o como se quiera llamar, de la entidad. Sólo el pago de los meses de sueldo adeudados, puede aliviar las necesidades de los accionantes.” (fl. 385 c. 2, subrayas fuera de texto original)

Por manera que, dichos trabajadores han recibido sus salarios no obstante no estar llevando a cabo función alguna, como que EMPAS dejó de operar el servicio, o lo que es igual, el cumplimiento de su objeto social fue trasladado al contratista.

Acreditada sólo esta imputación, pasa la Sala a determinar si la misma configura o no amenaza o vulneración de los derechos colectivos que el actor invocó como infringidos en su escrito de demanda popular.

8. De la determinación de vulneración a los derechos colectivos invocados.

8.1 Moralidad administrativa

Frente a lo que se entiende por moralidad administrativa, la Sala precisó, en tesis que ha sido constantemente reiterada⁸⁶, que en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (Art. 1), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (Art. 209 ibídem), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley.

Desde esta perspectiva, ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder.

⁸⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2002. Exp. No. AP-059; Exp. No. AP-166 y AP-170 de 2001.

En suma, la jurisprudencia de la Corporación ha ido precisando el concepto de moralidad administrativa, como derecho colectivo que puede ser defendido por cualquier persona, del cual se destacan estas características: *“a) es un principio que debe ser concretado en cada caso; b) al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación; c) en la práctica, la violación de este derecho colectivo implica la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza.”*⁸⁷

Igualmente ha hecho énfasis la Sala en la utilidad del principio de legalidad a la hora de determinar la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, en tanto la conclusión de su vulneración no depende del concepto personal del juez sobre lo que considera moral, sino de la justificación que la actuación cuestionada encuentre en el ordenamiento jurídico, eliminando de esa forma cualquier consideración de carácter subjetivo en la inferencia que encuentre el juez en torno ó no de ese derecho. En lo pertinente señaló la Sala⁸⁸:

“La moral administrativa consiste en la justificación de la conducta de quien ejerce función pública, frente a la colectividad, no con fundamento en una óptica individual y subjetiva que inspire al juez en cada caso particular y concreto, sino en la norma jurídica determinadora de los procedimientos y trámites que debe seguir éste en el cumplimiento de la función pública que le ha sido encomendada.

(...) la moralidad administrativa está inescindiblemente vinculada al cumplimiento de las funciones que se establecen en la norma para el ejercicio de un cargo, porque es en el ordenamiento jurídico donde la actuación del encargado de la función pública encuentra su justificación frente a la colectividad y por ende está estrechamente relacionada con el principio de legalidad, cuya vulneración puede darse por extralimitación o por omisión de las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones (artículo 6 de la C.N.), comprometiendo la responsabilidad del agente causante de la vulneración, no sólo frente al Estado y los directamente afectados en un derecho subjetivo amparado en una norma, sino frente a la colectividad interesada en que se mantenga la moralidad administrativa, derecho cuyo disfrute no corresponde a un titular determinado y concreto sino a toda la comunidad”.

⁸⁷ Sentencia proferida por la Sección Tercera el 31 de octubre de 2002, Exp. AP-059. En el mismo sentido ver sentencias AP-166 y Ap-170 de 2001.

⁸⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de junio de 2005. Exp. No. AP-720.

En el *sub lite* de las nueve imputaciones formuladas por el accionante en el escrito de demanda, sólo aparece acreditado el reproche relacionado con el pago de derechos laborales a trabajadores de EMPAS que no se acogieron al plan de retiro voluntario y que sin embargo siguen vinculados como trabajadores de la entidad.

Ahora, el acervo probatorio recaudado no le permite establecer a la Sala la trasgresión a la moralidad administrativa pues no se demostró conducta inmoral alguna endilgable a las entidades accionadas, que pueda enmarcarse en un evento de violación o amenaza del derecho antes mencionado, toda vez que con la adopción de la citada cláusula a favor de los “trabajadores” de EMPAS que no se acogieron al plan de retiro voluntario y su ulterior cumplimiento, no se colige una conducta lesiva o capaz de generar un daño, peligro grave o amenaza de este derecho o interés colectivo, o configurativa de un comportamiento inmoral o falta de ética de un funcionario en el ejercicio de sus funciones.

Es importante reiterar que, de conformidad con el artículo 30 de la Ley 472 (en perfecta consonancia con la regla general contenida en el artículo 177 del CPC⁸⁹), la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se asegura la vulneración de los derechos colectivos incumbe al actor, regla que sólo es atenuada por el mismo precepto respecto de situaciones en las que por razones de orden económico o técnico la carga de la prueba no puede ser cumplida por el demandante, el juez debe impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito. Sobre este punto la Sala reitera que:

“(…) cuando alguien afirma que otro no ha cumplido un deber o una obligación a su cargo, esta aseveración no reviste, a juicio de la Sala, el carácter de negación indefinida que lo exonere de prueba (*incumbit probatio eri qui dicit, non qui negat*), pues comporta en realidad de verdad la aserción general y abstracta de que éste ha incumplido. Se está delante de una negación que lo es apenas en apariencia o formal (*negativa praegantem*), en tanto es susceptible de ser establecida por medio de la justificación del hecho afirmativo contrario: el incumplimiento.

“A partir de los más reconocidos procesalistas el profesor Rocha Alvira dice lo siguiente refiriéndose a este tema:

‘...es obvio que mal puede estar excusada la prueba de negaciones de hechos, cuando la negación es de mera forma gramatical. El

⁸⁹ “(…) incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”

equivoco se despejaría redactando la proposición en forma positiva. Si niego la capacidad jurídica, afirmo la incapacidad y la debo probar. Si niego la buena calidad de la mercancía, afirmo determinada mala calidad. Si niego que la sustancia de una cosa es de oro, estoy afirmando que es de otro metal. En estos casos no hay inconveniente alguno para la prueba. Esta especie de negaciones envuelven una afirmación, por lo cual de antiguo se les designa como negativa praegnans (hinchada, rellena, grávida). Es la negativa de cualidad.

(...) Hay también negativas de un derecho o del derecho: cuando niego que una cosa es conforme a derecho, o que el acto es legítimo. También aquí la negativa se convierte en afirmativa y la prueba debo darla *par semblant*, o sea, convirtiendo la negativa en afirmativa.⁹⁰

“En el caso *sub lite* cuando el actor popular asevera que el municipio no ha cumplido con la puesta en funcionamiento real y efectiva del FSRI, esta negativa es de mera forma gramatical, pues en el fondo configura una afirmación redactada negativamente (*afirmación negativa*⁹¹), o lo que es igual, la afirmación de un hecho contrario: el incumplimiento (*un hecho no es menos positivo porque se articule en forma negativa*).

“Se trata, entonces, de una negación definida⁹² que es susceptible de demostración acreditando el hecho positivo contrario que en forma implícita se indica, por lo que no está exenta de prueba a términos del inciso segundo del artículo 30 de la ley 472, en consonancia con el artículo 177 del C. de P. C. y el artículo 1757 del C.C. (*onus probandi incumbit actori*)⁹³.

“En tal virtud, el accionante ha debido acreditar este aserto para lograr el éxito de sus pretensiones en tanto a él correspondía la carga de probar los hechos en que se funda la acción, regla que trae aparejado que el demandado ha de ser absuelto de los cargos, si el demandante no logró probar los hechos constitutivos de la demanda (*actore non probante, reus absolvitur*).

“Finalmente, aunque el citado artículo 30 de la ley 472 de 1998 señala que si por razones de orden económico o técnico la carga de

⁹⁰ ROCHA ALVIRA, Antonio, De la Prueba en Derecho, Clásicos Jurídicos Colombianos, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 1990, p. 67 y 68.

⁹¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría General de la prueba judicial, tomo I, Ed. Temis, Bogotá, p. 200.

⁹² La negación definida “corresponde a las que tienen por objeto la afirmación de hechos concretos, limitados en tiempo y lugar, que presuponen la existencia de otro hecho opuesto de igual naturaleza, el cual resulta afirmado implícita o indirectamente (...) Si las negaciones definidas equivalen al velo que oculta la afirmación del hecho positivo contrario, pero decisivo en la cuestión litigada, no es necesaria profunda reflexión para advertir que mal puede estar excusada su prueba; por tratarse de una negación apenas aparente o gramatical, el hecho contrario es susceptible de prueba y de ésta no puede prescindirse para el acogimiento de las súplicas de la demanda”: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Sentencia de 29 de enero de 1975, G.J. T. CLI, 1ª parte, num. 2392.

⁹³ “La imposibilidad de la prueba del hecho negativo indefinido, no deriva de su carácter negativo, sino de su carácter indefinido”: LESSONA; Carlos, Teoría General de la prueba civil, hijos de Reus, Madrid, 1906, p.239 citado por ROCHA, op. cit. p. 69

la prueba no puede ser cumplida por el demandante, el juez debe impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, esta situación no se presentó en el caso concreto, dado que la deficiencia probatoria fue ajena a las razones consignadas en la ley.”⁹⁴

Carga de la prueba sustentada, como también ha precisado la Sala⁹⁵, en el principio de *autoresponsabilidad*⁹⁶ de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable⁹⁷. En efecto, a juicio de la jurisprudencia de esta Sección:

“Si bien el derecho procesal tiene la finalidad de ‘servir de instrumento necesario para la concreción y efectividad de las normas sustanciales’⁹⁸, la Constitución de 1991 ‘lo elevó a rango constitucional en su artículo 228, pues son las normas procesales probatorias de una especial relevancia ya que tal como se repite desde siempre y concreta el aforismo romano ‘Idem est non esse aut non probari’, igual a no probar es carecer del derecho, pues de poco sirve ser titular de una determinada relación jurídica u ostentar una precisa calidad de tal orden, si en caso de que se pretenda desconocer o discutir o sea necesario evidenciarla, no estamos en capacidad de acreditar esa titularidad ante quien nos la requiere, en cuestiones públicas o privadas’⁹⁹.

“Es así como una de las reglas técnicas del derecho probatorio es la de la carga de la prueba, la cual parte del supuesto de que ‘son los sujetos de derecho que intervienen en el proceso sobre los que gravita fundamentalmente el deber de procurar que las pruebas se practiquen o aporten y por eso que a su iniciativa para solicitarlas e interés para llevarlas a efecto se atiende de manera primordial. (...) El concepto de carga de la prueba es central para entender el porqué de ciertas decisiones judiciales, pues en aquellos eventos donde la ausencia de pruebas se presenta, no puede el juez abstenerse de decidir y es así como se impone un fallo en contra de quien tenía

⁹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 11 de mayo de 2006, Rad. AP-25000-23-26-000-2004-00896-02, Actor: Sergio Sánchez, Demandado: Municipio de Tabio, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de abril 16 de 2007, Rad. AP-44001-23-31-000-2005-00483-01, Actor: Carmen Alicia Barliza Rosado y otros, Demandado: Ministerio de Desarrollo Económico y Otros, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio

⁹⁶ PARRA QUIJANO Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Librería Ediciones del Profesional, 2004, p. 242.

⁹⁷ BETANCUR JARAMILLO, Carlos, De la Prueba Judicial, Ed. Dike.1982, pág 147.

⁹⁸ “LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil Pruebas*, Tomo III, DUPRE Editores, Bogotá D. C. 2001, Pág. 15.”

⁹⁹ “Ibídem.”

radicada la carga de la prueba¹⁰⁰. Es evidente que nadie mejor que el interesado para conocer los medios de prueba que deben emplear, con el fin de demostrar los hechos en que están fundamentando sus pretensiones.”¹⁰¹

En el caso *sub lite* no se reúnen los presupuestos de la segunda parte del inciso artículo 30 de la ley 472 antes reseñados y por lo mismo el actor popular debía acreditar que esta imputación consignadas en su escrito de demanda comportaba amenaza o violación del interés colectivo a la moralidad administrativa, sin que fuera admisible que el juez impartiera unas órdenes tendientes a suplir su inactividad en materia probatoria¹⁰².

8.2 El patrimonio público

La decisión recurrida pareciera dar a entender que la acción popular sólo procede frente a la reivindicación de bienes de uso público y no frente a bienes patrimoniales o fiscales, lo cual supuso la discrepancia del demandante en el recurso quien dijo no compartir el criterio del Tribunal en el sentido de que no es posible defender mediante acción popular el patrimonio público cuando están comprometidos bienes fiscales.

La ambigüedad terminológica manejada por la providencia del *a quo*, impone hacer una serie de precisiones por parte de la Sala.

Tanto la Constitución como la legislación dan tratamiento por separado a dos intereses colectivos autónomos: i) la utilización y defensa de los bienes de uso público y ii) el patrimonio público.

Frente al primero de los derechos colectivos, como ya ha tenido oportunidad de señalarlo la Sala -criterio reiterado recientemente¹⁰³- con anterioridad a la Ley 472,

100 “Op. Cit. Pág. 26.”

101 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 24 de marzo de 2004, Radicación número: 44001-23-31-000-2003-0166-01 (AP), C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

102 En sentido idéntico vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 17 de mayo de 2007, Radicación número: AP-76001-23-31-000-2005-03932-01, Actor: Ángel Darío Jiménez C. Demandado: EMCALI E.I.C.E. E.S.P. y otro, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

103 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 16 de abril de 2007, Radicación número: AP-05001-23-31-000-2004-03831-01, Actor: Edwin Alberto Bermúdez Barbarán, Demandado: Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá-ETMVA y otros, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

el Código Civil en su artículo 1055 preveía la denominada *acción posesoria especial* -en términos de Don Fernando Vélez¹⁰⁴- y fue posteriormente regulado también por la ley 9ª de 1989 como garantía de los derechos colectivos al espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público:

“De cuanto antecede se concluye, sin mayor dificultad, que la Constitución ha querido dar una protección especialísima al derecho colectivo al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, connotación especial que aparece en primer lugar al refrendar el principio fundamental consagrado en su artículo 1º referente al carácter prevalente del interés general, prevalencia ratificada por el legislador¹⁰⁵:

‘Artículo 82 C.P. Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.

‘Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común.’(se subraya)

“A estos efectos la Constitución instituyó las acciones populares como instituto para la defensa de esa modalidad de derecho colectivo,¹⁰⁶ **aspecto sobre el cual ya se había ocupado el Código Civil¹⁰⁷ y la ley 9ª de 1989¹⁰⁸ antes de la expedición de la Carta de 1991.**”¹⁰⁹ (subrayas originales, negrilla ajena al texto)

¹⁰⁴ A juicio de este connotado civilista: “ Pero como esta clase de bienes[los de uso público] está más expuesta que la otra [bienes fiscales o patrimoniales] a usurpaciones o mal uso, la ley, no obstante que tiene confiada su custodia a la autoridad pública, otorga respecto de ellos acción popular para que cualquier vecino del respectivo municipio o localidad, pueda establecer acción posesoria especial con el fin de que en dichos bienes haya la seguridad necesaria para su uso. Así es que fuera de los funcionarios competentes que tienen el deber de impedir que se construyan obras que embaracen el uso de las calles, caminos, puentes, plazas y demás lugares públicos o que en éstos haya alguna obra, como un edificio, que amenace ruina, cualquiera puede establecer la acción posesoria respectiva para cesar el mal que se tema. Esto se funda principalmente en que todos los individuos pueden causar daños a las obras que se tratan. Así se aplica el inciso primero del artículo 1005 que es conforme en el fondo con la regla general del artículo 2359”: VÉLEZ, Fernando, Estudios sobre el derecho civil colombiano, París, América.

¹⁰⁵ Ley 388 Artículo 2º. Principios. El ordenamiento del territorio se fundamenta en los siguientes principios: (...) 2. La prevalencia del interés general sobre el particular. (...)

¹⁰⁶ Artículo 88 C.P. “Le ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, *el espacio*, la seguridad y la salubridad *públicos*, la moralidad administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

¹⁰⁷ Artículo 1005 C.C. Según Sarmiento Palacio esta acción popular del Código Civil permite vindicar el buen estado, acceso y disfrute del bien de uso común (SARMIENTO PALACIO, Germán. Las acciones públicas en el derecho privado colombiano, Banco de la República, Bogotá, 1988, p. 58.)

¹⁰⁸ Ley 9 de 1989 artículo 8o. “Los elementos constitutivos del espacio público y el medio ambiente tendrán para su defensa la acción popular consagrada en el artículo 1005 del Código Civil. Esta acción también podrá dirigirse contra cualquier persona pública o privada, para la defensa de la integridad y condiciones de uso, goce y disfrute visual de dichos bienes mediante la remoción, suspensión o prevención de las conductas que comprometieren el interés público o la seguridad de los usuarios. (...) Decreto 2400 de 1989, art. 6º: “La acción popular de que trata el artículo 1005 del Código Civil, podrá ser ejercitada por los usuarios para la defensa del espacio público y del medio ambiente. Decreto 1504 de 1998 Artículo 26. Los elementos constitutivos del Espacio Público y el Medio Ambiente tendrán para su defensa la acción popular consagrada en el artículo 1005 del Código Civil.

En la misma línea la Sala también había razonado que:

“Las regulaciones civil y constitucional son armónicas en prever un régimen singular para los bienes de uso público, en razón de su titularidad colectiva, pues lo que los distingue fundamentalmente es que pertenecen a todos los habitantes del territorio nacional y, por ende, deben estar a su permanente disposición. De modo que la especialidad de este régimen jurídico deriva de su afectación a una utilidad pública al estar vinculados a un fin de interés público.¹¹⁰

“Esa destinación al uso común, por la que debe velar el Estado, encuentra en el carácter inalienable, imprescriptible e inembargable que los caracteriza, y que de paso los coloca fuera del comercio, garantía de su utilización a la destinación colectiva, en tanto bienes usados por la comunidad:

‘Artículo 63 C.P Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.’ (subrayas de la Sala)

“En consonancia con este mandato constitucional, el artículo 674 del Código Civil, al definir los bienes de uso público o bienes públicos, señala que su *‘uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de las calles, plazas, puentes y caminos...’*.

“Ahora bien, dentro de esos bienes de uso público, el espacio público goza, a su vez, de especial protección, que se revela en particular en el artículo 82 que subraya su naturaleza afectada al interés general (art. 1 C.P.):

‘Artículo 82. Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.’ (se destaca)

“En el mismo sentido el artículo 5 de la ley 9ª de 1989, por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones, define el espacio público en los siguientes términos:

‘Artículo 5°. Entiéndese por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.

¹⁰⁹CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 6 de octubre de 2005, Rad. AP-13001-23-31-000-2002-00135-01, Actor: Personería Distrital de Cartagena de Indias, Demandado: Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹¹⁰ Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano et al. Manual de Derecho Administrativo, Volumen 2, Ariel Derecho, Barcelona, 5ª edición, 1998, p. 39

‘Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal, como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, naturales, religiosos, recreativos y artísticos como para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, a sí como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen por consiguiente zonas para el uso o el disfrute colectivo’ (subrayas fuera de texto).

“Nótese que tanto en el nivel constitucional como en el legal, el elemento distintivo del espacio público, como bien de uso público, es su destinación colectiva, o lo que es igual, al uso por todos los miembros de la comunidad.”¹¹¹ (subrayado original, negrilla fuera de texto)

En cuanto al derecho colectivo al patrimonio público, este concepto no se agota en la enumeración de los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables ni en los que integran el territorio colombiano (arts. 63 y 101 C.P.), sino que *“por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes (...) que [le] sirven [al Estado] para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales”*.¹¹²

Además, ha señalado esta Sala que aunque *“pueda imaginarse un daño a la moralidad administrativa aislado de sus consecuencias..., en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, el de la libre competencia económica, el de la*

¹¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 6 de octubre de 2005, Exp.: AP- 08001-23-31-000-2002-02214-01, Actor: Jairo Torres Moreno y otros, Demandado: Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹¹² Sentencia de la Sección Cuarta del 31 de mayo de 2002, exp: 25000-23-24-000-1999-9001-01.

*seguridad pública o el de la prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros*¹¹³.

Descendiendo estas consideraciones al caso concreto se tiene que si bien los bienes objeto de discusión en sede popular (infraestructura afecta al servicio) no revisten el carácter de uso público, ello en modo alguno entraña que el juez popular no deba entrar a protegerlos, pero ya desde la perspectiva el interés colectivo patrimonial.

Frente a la violación de este derecho, la Sala encuentra que la ejecución de la cláusula 40 del contrato relativa a la situación laboral de los trabajadores de EMPAS que no se acojan al plan de retiro voluntario y que siguieron gozando de los derechos y beneficios de la convención colectiva acarrea evidentemente afectación al patrimonio público, teniendo en consideración que con dineros públicos se está “*remunerando*” a personas que no están prestando servicio alguno al Estado, según quedó establecido en el apartado relativo a las pruebas.

Como la relación de trabajo es individual, esto es entre personas y no respecto de las empresas, nuestra legislación sustantiva laboral -de vieja data- previó la institución de la sustitución patronal, que busca garantizar la continuidad de patronos lo mismo que la solidaridad entre el antiguo y el nuevo empleador respecto del pago de las obligaciones a favor del trabajador.

La sustitución de empleadores es, pues, una garantía a favor del empleado que impone reunir los siguientes requisitos para que se entienda que hay continuidad en la relación de trabajo: i) cambio de empleador; ii) continuidad de la empresa y iii) continuidad del trabajador en el servicio.

¹¹³ Sentencia, Sección Tercera, del 17 de junio de 2001, exp: Ap- 166.

Aunque el derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa no se encuentra definido en la ley 472 de 1998, en los antecedentes de la ley al precisar como derecho colectivo “la moralidad administrativa y la prevención de cualquier práctica corrupta por parte de los servidores públicos”, se dio la siguiente definición: “Se entenderá por moralidad, administrativa el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidados propios de un buen funcionario” (Cfr. Gaceta del Congreso No. 277 de septiembre 5 de 1995, pág. 1).

Sobre este aspecto, en la sentencia de la Sección Cuarta del 20 de abril de 2000, exp: AP-52, se dijo que “la moralidad administrativa persigue, entre otros objetivos, el manejo adecuado del erario público y en general que los funcionarios públicos asuman un comportamiento ético frente al mismo, pues los servidores públicos pueden incurrir en conductas que la generalidad tacharía de inmorales, o en otras que podrían ser sancionadas disciplinaria o penalmente”.

Sobre este fenómeno jurídico se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 27 de agosto de 1973, 12 de junio de 1997 y 27 de mayo de 1999, siguiendo los criterios trazados de vieja data por el antiguo Tribunal Supremo del Trabajo:

“Por lo demás, no corresponde al genuino sentido de las normas que regulan el régimen propio de los trabajadores oficiales el entendimiento que propugna el recurrente, según el cual en el sector oficial aunque se suscriba un contrato con el nuevo patrono siempre se dará la sustitución patronal, cuando, como en este caso sucedió, no existe solución de continuidad en la prestación de los servicios al antiguo y al nuevo patrono.

Al respecto cabe recordar que el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo al estudiar la figura de la sustitución de patronos, en fallo de 17 de julio de 1947 sobre el particular expresó lo siguiente:

‘...Para que la sustitución de patrono se configure en el derecho del trabajo, es necesario que se continúe también por el asalariado la prestación de sus servicios. Deben, pues, reunirse tres elementos: cambio de patrono, continuidad de la empresa y continuidad del trabajador. Sólo así se entiende que exista continuidad también de la relación de trabajo, del contrato laboral.

‘Pero si alguno de estos requisitos falta, si por ejemplo, no existe o no se demuestra la continuidad de la prestación de servicios por el asalariado, lógicamente no puede hablarse tampoco de sustitución de patrono, o en forma más concreta, no puede hablarse siquiera de patrono, porque éste sólo existe frente al otro sujeto de la relación de trabajo y no aisladamente considerado.

‘La institución de la sustitución del patrono ha sido creada porque la relación de trabajo es individual, entre personas, y no real, entre el asalariado y la empresa; pues si fuese de esta última índole, no necesitaría la ley establecer expresamente esa continuidad de patronos y la solidaridad entre el antiguo y el nuevo para el pago de las obligaciones a favor del trabajador...’ (Gaceta del Trabajo, Tomo II, pág. 250).

Este criterio jurisprudencial fue ratificado y ampliado en la sentencia de 31 de mayo de 1950, en la cual se dijo:

‘...El Tribunal Supremo ha dicho que para que la sustitución de patronos se opere es necesario que concurren estos requisitos: cambio de patrono, continuidad de la empresa y continuidad del trabajador en el servicio. Y en el presente caso, aun cuando aparentemente se reúnen todos ellos, es lo cierto que el último no se configura en manera alguna, pues si bien es cierto que Chisco siguió trabajando en la misma empresa bajo las órdenes de Bejarano, de 1945 a 1946 lo fue

en virtud de un nuevo contrato que empezó al recibir éste la empresa.

‘Y como no hay constancia de que la declaración que contiene el aludido documento, de fecha 31 de mayo de 1945, haya sido obtenida por coacción, fuerza o dolo, ni la sentencia la comenta por lo que hace a la cancelación del contrato, no es posible que jurídicamente se haya producido el fenómeno de la sustitución de patrono, porque, como ya lo ha dicho esta corporación en otros fallos (V. el de fecha 17 de julio de 1947) es condición indispensable para que opere la sustitución que el trabajador siga prestando sus servicios sin interrupción al nuevo patrono, sin que haya terminado la relación laboral anterior. Porque, si bien es cierto que uno de los factores que configuran la sustitución es el de la continuidad en la prestación del servicio, no basta que se demuestre simplemente el hecho de que el trabajador siguió laborando en la respectiva empresa, sino que es necesario establecer que actuaba dentro del mismo contrato; esto es, que la relación jurídica se hallaba vigente respecto al patrono sustituido para que el sustituto la recibiera con las consecuencias que la ley previene.

‘En el presente caso, si el actor continuó al servicio del demandado Bejarano, una vez terminado el contrato de arrendamiento de los señores Arango, no pudo ser sino en virtud de un nuevo contrato, toda vez que el mismo hecho de haber recibido las prestaciones relativas al tiempo anterior, y la propia manifestación que el actor hizo de haberse cancelado su contrato de trabajo, imponen esta forzosa conclusión...’ (Gaceta del Trabajo, Tomo V, págs. 478 y 479)-¹¹⁴

Estas exigencias por supuesto resultan aplicables a los contratos de gestión de los servicios públicos domiciliarios, como el que ahora estudia la Sala, por cuya virtud una empresa asume la prestación en lugar de otro operador. Por manera que para que se configure la sustitución patronal, también se requiere que el trabajador continúe prestando efectivamente sus servicios al nuevo patrono.

No está de más subrayar que, acorde con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el reintegro no es jurídicamente posible de ejecutar, cuando quiera que una empresa desaparezca, y con ella, por ende, su planta de cargos¹¹⁵, consideraciones que bien pueden extrapolarse a eventos como el que se estudia, en virtud de los cuales si bien la empresa no desaparece jurídicamente, deja de cumplir su objeto social para que un tercero contratista lo despliegue.

¹¹⁴ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL, Sentencia de 18 de junio de 2004, Radicación No. 22859, M. P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

¹¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL, Sentencia de 19 de febrero de 2008, Radicación No. 30815, M. P. Camilo Tarquino Gallego.

En ese orden de ideas, la especial protección constitucional de los derechos laborales (art. 53 CN) no puede invocarse como excusa jurídica válida de la ligereza al ejecutar la cláusula 40, por que el derecho a la remuneración de todo trabajador supone el ejercicio de la actividad para la que fue vinculado.

No debe perderse de vista que la Sala estableció, no obstante las serias deficiencias probatorias que acusa el plenario, que algunos trabajadores de EMPAS no obstante no estar laborando están recibiendo una remuneración, sin que las entidades accionadas hayan adoptado los correctivos administrativos del caso, en orden a remediar esta situación. Por supuesto esta Sala no pretende desconocer la protección de los derechos fundamentales que vía tutela han logrado algunos de los trabajadores, ni tampoco que por este camino se desconozcan decisiones judiciales.

Ahora, no sólo carece de sentido sino que configura una flagrante violación del derecho colectivo al patrimonio público que en desarrollo de una legítima configuración del negocio jurídico se pacte la no sustitución patronal, pero simultáneamente se siga remunerando a trabajadores que decidieron no acogerse al plan de retiro voluntario y que en virtud del mismo contrato quedaron sin función que desempeñar por cuanto el objeto social de EMPAS SA ESP es ahora desplegado por el contratista operador.

Esta determinación resulta atentatoria contra el interés colectivo al patrimonio público puesto que por sustracción de materia es apenas natural que estos “empleos” que aun subsisten no tienen labor que desempeñar. En una situación que guarda alguna semejanza con el asunto que hoy se estudia, la Sala Laboral de la Corte Suprema, a su vez, en un evento en el que se pretendía que unos trabajadores de la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Neiva fueran reintegrados a sus empleos no obstante que éstos habían sido suprimidos, dejó en claro que:

“...para que una obligación exista es necesario que sea física y jurídicamente posible, de manera que una persona no puede obligarse por un acto o declaración de voluntad a cumplir lo imposible y de la misma manera el juez no puede gravar al demandado, con una decisión judicial suya a que cumpla un hecho o un acto materialmente

imposible. Cuando el hecho debido se torna imposible la obligación original (de dar, hacer o no hacer) se resuelve en una de indemnizar perjuicios, de modo que lo jurídicamente procedente es la demanda judicial de los perjuicios..."¹¹⁶.

Ahora, tratándose de empleos públicos la regla expuesta según la cual no hay remuneración si no hay trabajo desplegado adquiere mayor significación. En efecto, no debe perderse de vista que conforme al artículo 122 de la Carta no puede haber empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento¹¹⁷, pero el hecho de que en la "nomenclatura" y en la "planta de personal" de la respectiva entidad pública figure un empleo, no significa que si el respectivo trabajador no despliega actividad laboral alguna deba ser remunerado.

O lo que es igual, el salario o asignación básica de un empleo público depende de que no sólo se tengan funciones detalladas en ley o reglamento sino que efectivamente se haya laborado.

Lo anterior indica que no puede imponérsele una obligación laboral a la Administración Pública si ella no corresponde a una actividad o función desplegada por el respectivo servidor público, pues ello configuraría una conducta que afectaría de manera grave el patrimonio del Estado que no es otro que el de todos los colombianos.

Además con ello se desconocería el mandato constitucional contenido en el artículo 209 conforme al cual la función administrativa está al servicio de los intereses generales (*telos* del Estado que aparece también consignado en el artículo 1 Superior) y que está será desarrollada con fundamento, entre otros, en los principios de igualdad, moralidad, eficacia y economía (todos ellos postulados materiales de ejecución de la citada función).

¹¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL, Sentencia de 2 de diciembre de 1997 (Rad. 10157).

¹¹⁷ Sobre el alcance de este precepto constitucional Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "B" Bogotá D. C., Sentencia de 16 de febrero de 2006, Rad. 25000-23-25-000-2002-01632-01(3251-05), actor: Luis Enrique Rodríguez Díaz, Demandado: Bogotá Distrito Capital, C. P.: Tarsicio Cáceres Toro.

Si algunos trabajadores de EMPAS decidieron no acogerse al plan de retiro voluntario, la salida no podía ser la de continuar vinculados a una Empresa que ya no desarrolla su objeto social y continuar devengando su salario, como si efectivamente estuviesen laborando, una decisión en este sentido no sólo carece de sentido, sino que resulta atentatoria de los más elementales deberes de cuidado en el manejo de los recursos públicos.

En tal virtud, el patrimonio público está no sólo amenazado sino efectivamente vulnerado en tanto algunos trabajadores no están laborando para EMPAS, no obstante lo cual, son “beneficiarios” de los derechos laborales y convencionales. En otros términos, a juicio de la Sala se configuró vulneración del patrimonio público, en cabeza de las entidades demandadas, toda vez que se demostró dentro del proceso la anomalía referida que permite establecer que se configura un detrimento patrimonial de los recursos del Estado, ante la mirada pasiva de las autoridades responsables.

Frente al hecho incontestable de la inactividad de los mismos, la Administración no puede guardar un comportamiento pasivo y negligente, sin adoptar decisión administrativa alguna sobre la suerte de su patrimonio, que ante la inacción puede verse seriamente amenazado. Por el contrario, se impone que se adelanten las actuaciones administrativas y judiciales a que haya lugar en orden a evitar que se continúe remunerando la inactividad de algunos “trabajadores” y a recuperar los dineros que en tales condiciones se hayan sufragado, sin que sea posible adoptar otro tipo de medida en esta sede popular respecto de los trabajadores en cuanto ellos no fueron vinculados a este proceso.

Conviene señalar que dentro del plenario sólo logró establecerse la responsabilidad en la violación de los derechos colectivos por parte Municipio de Sincelejo, la Empresa de Servicios Públicos de Acueducto y Alcantarillado de Sincelejo- EMPAS S.A. E.S.P. y Aguas de la Sabana S.A. E.S.P, en tanto está establecida su participación en la celebración y ejecución del contrato de operación con inversión No. 037 de 2002. No ocurre lo mismo con los demás accionados, vale decir, la Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial-Dirección General de Agua

Potable y Saneamiento Ambiental, en tanto de las pruebas obrantes en el plenario no logró establecerse su efectiva participación en la imputación acreditada.

9. Del pago del incentivo

En lo que atañe al pago del incentivo, es importante advertir que de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional en la providencia que revisó esta materia, el incentivo debe correr a cargo de las personas naturales que atentaron o vulneraron el derecho o interés colectivo y no por cuenta de la entidad estatal afectada. En efecto, a juicio de la Corte:

“La Corte se pregunta ahora: ¿quién debe pagar el monto del incentivo decretado por el juez de la acción popular, tanto el del artículo 39, como del 40 de la ley 472 de 1998. Sin lugar a dudas este monto debe pagarlo la persona que atentó o vulneró el correspondiente derecho o interés colectivo, pues, no sería lógico ni jurídico que en la perspectiva de proteger derechos e intereses vinculados al cumplimiento de las tareas estatales, sea el mismo Estado quien deba soportar una erogación con ocasión de un proceso en el que se demostró la responsabilidad de un tercero. Es apenas obvio que cada cual debe responder por los efectos nocivos de su propia conducta, lo cual, a más de ser justo y necesario, resulta ampliamente pedagógico en la esfera de las políticas preventivas del Estado sobre derechos e intereses colectivos. Por consiguiente, el monto total del incentivo determinado por el juez debe pagarlo la persona que atentó o vulneró el correspondiente derecho o interés colectivo. En el evento del artículo 40, siendo el estado el afectado o ‘víctima’ del acto que afecta la moral administrativa, no puede además ser afectado con una disminución de lo que recupere, siendo lo razonable que el incentivo lo pague el autor o cómplice del detrimento patrimonial. Esta es la misma posición que en la interpretación y aplicación de esta norma ha hecho el Honorable Consejo de Estado y que la Corte Constitucional ahora avala, como manifestación del denominado derecho viviente.”¹¹⁸

En este caso, los demandantes no se ocuparon de indicar desde el comienzo del proceso las personas -que a su juicio- debían haberse vinculado, por haber desplegado las conductas vulnerantes denunciadas. Ahora, si bien fue vinculada la contratista a este proceso, la verdad de las pruebas recaudadas no deduce comportamiento por acción u omisión de su parte en orden a afectar el patrimonio público, en la ejecución de una cláusula contractual que atañe exclusivamente a la entidad contratista.

¹¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-459 de 2004.

De suerte que al no haberse vinculado a las personas naturales que directamente atentaron o vulneraron los derechos colectivos invocados, como sujetos pasivos de esta acción, no puede ahora condenarse a las entidades accionadas a cubrir el incentivo, por lo que forzosamente habrá de negarse éste último.

En tales condiciones, la Sala revocará la decisión recurrida para acceder parcialmente a lo solicitado, únicamente en cuanto al derecho colectivo al patrimonio público y respecto de la conducta vulnerante acreditada y no concederá el incentivo.

10. Comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 34 de la ley 472 de 1998, en la sentencia el Juez podrá ordenar la conformación de un comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia en el cual participarán además del juez, las partes, la entidad pública encargada de velar por el derecho o interés colectivo, el Ministerio Público y una organización no gubernamental *“con actividades en el objeto del fallo”*.

Así las cosas, dicho Comité estará integrado por i) el Magistrado Ponente de primera instancia del Tribunal Administrativo de Sucre, ii) la parte actora, iii) la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como entidad encargada de velar por los derechos de los usuarios de acueducto y alcantarillado; iv) La Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, como integrantes del Ministerio Público y v) un Comité de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos de Sincelejo compuesto por usuarios o suscriptores de los servicios de acueducto y alcantarillado el cual será escogido por el Tribunal *A Quo.*, teniendo en cuenta su representatividad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

REVÓCASE la sentencia apelada, esto es, aquella dictada por el Tribunal Administrativo de Sucre el 27 de julio de 2005, y en su lugar se dispone:

PRIMERO.- DESESTÍMANSE las excepciones propuestas.

SEGUNDO.- CONCÉDESE el amparo del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, vulnerado y amenazado con la ejecución de la cláusula 40 del contrato de operación con inversión No. 037 de 2002, celebrado entre la Empresa de Servicios Públicos de Acueducto y Alcantarillado de Sincelejo, EMPAS ESP y la Sociedad Aguas de la Sabana SA ESP, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO.- ORDÉNASE al Municipio de Sincelejo y a la Empresa de Servicios Públicos de Acueducto y Alcantarillado de Sincelejo- EMPAS S.A. E.S.P., dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, adelantar las actuaciones administrativas y judiciales a que haya lugar tendientes a evitar que la ejecución de la cláusula 40 del contrato vulnere el derecho colectivo al patrimonio público.

QUINTO.- ORDÉNASE al Municipio de Sincelejo, a la Empresa de Servicios Públicos de Acueducto y Alcantarillado de Sincelejo- EMPAS S.A. y a Aguas de la Sabana S.A en el término perentorio de dos meses, contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, para que rindan un informe sobre las actividades desplegadas para el cumplimiento de esta providencia al Tribunal de primera instancia en este proceso.

SEXTO.- CONFÓRMASE un Comité de Vigilancia que verifique el cumplimiento de esta sentencia conforme a lo dispuesto en el apartado décimo de las consideraciones de esta providencia.

SÉTIMO.- ABSUÉLVASE a los demás accionados en este proceso.

OCTAVO.- NIÉGASE el incentivo por las razones expuestas en la sección novena de la parte motiva.

NOVENO.- REMÍTASE por Secretaría a la Defensoría del Pueblo, copia del presente fallo, para que sea incluido en el Registro Público Centralizado de Acciones Populares y de Grupo previsto en el artículo 80 de la ley 472 de 1998.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUELVA

MIRYAM GUERRERO DE ESCOBAR
Presidenta de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

ACLARACION DE VOTO DEL DR. ENRIQUE GIL BOTERO

MORALIDAD - Concepto / MORAL SOCIAL - Concepto / MORAL SUBJETIVA - Concepto

La moralidad, también denominada “ética” en otros contextos, hace referencia al obrar correcto, es decir, al comportamiento adecuado, en términos valorativos. Constituye en sí misma una pauta de conducta, en principio individual, que determina la manera como se debe actuar en determinados casos de la vida práctica. De este modo, la acción humana se limita y orienta por una escala de valores que, impuesta por el mismo individuo, conduce sus acciones cotidianas, según los parámetros trazados unilateralmente. “De esta manera, la realización de conductas buenas y el cumplimiento de los deberes representativos del obrar ético, surgiendo el hombre virtuoso, es decir, el individuo que representa un modelo de vida buena a seguir. La virtud es, entonces, un parámetro de medición de la vida ética y, en este sentido, alcanzarla forma parte del ideal moral. Como se puede apreciar, no se trata de un concepto de fácil comprensión, si se tiene en

cuenta que su fundamento depende, en principio y en ocasiones, de la actitud y el compromiso individual de cada sujeto. Esta idea destaca una de las facetas de la moralidad: la personal, subjetiva o individual, cuya existencia y construcción depende de la capacidad de cada individuo de dictarse sus reglas de comportamiento, como legislador soberano de este espacio de la vida. La razón y la conciencia moral se erigen, en esta medida, en las herramientas con las cuales el hombre discierne sobre su conducta y reflexiona sobre los comportamientos más adecuados. La moral social resulta siendo, en este contexto, un acuerdo, expreso o tácito, sobre los valores y deberes que tienen los ciudadanos para consigo mismo y con los demás. Sin embargo, la moral subjetiva no es exactamente la misma moral social, pues la primera puede tener un tamaño mayor o menor que la segunda, según la convicción de cada individuo; reflejando este aspecto la soberanía moral que, por naturaleza, tienen los hombres. No obstante lo dicho, no puede establecerse una distinción tajante entre la moral individual y la social. Por el contrario, la relación es permanente y se conecta, casi imperceptiblemente, en la conciencia de cada individuo, quien aprecia, determina y juzga, en todo momento, en términos morales, las conductas que debe realizar él o sus congéneres. De esta manera, fluye una especie de comunicación constante entre los dos mundos de la moral, provocando una recreación perseverante y perenne de las actitudes éticas y de los valores morales. De aquí también se sigue que, al margen de las posiciones iusnaturalistas o positivistas, la moral no siempre es la misma, pues si bien ciertas conductas tienen una alta capacidad de permanecer en el tiempo, no necesariamente todos los comportamientos morales subsisten iguales: unos surgen, otros se transforman y algunos más desaparecen. De otro lado, la idea de moral social, por su misma forma de construcción, y también de imposición, es bastante más compleja que la moral individual, en cuanto a los medios de los cuales se sirve para implementarla. De hecho, a ella le corresponde asumir la tarea de unificar el sentido de moral de la comunidad, y socializar sus contenidos, sin sacrificar la moralidad individual que permanece, siempre, en el interior de cada sujeto, en constante ebullición.

MORAL Y DERECHO - Diferencias

No obstante, para distinguirla del derecho ha dicho la doctrina, de manera consistente, que existe una diferencia evidente con la moral, representada en los siguientes conceptos, todos ellos contrapuestos: i) la moral es autónoma, porque se la impone el hombre, mientras que el derecho es heterónomo, porque lo dicta un órgano público que lo impone aún contra la voluntad del ciudadano. ii) La moral es incoercible, porque de su inobservancia no se sigue un castigo institucional, mientras que el derecho es coercible, porque la fuerza es un medio admisible para hacer cumplir su contenido. iii) La moral es interna, porque está dirigida a la conciencia individual -fuero interno-, mientras que el derecho externo, porque se ocupa principalmente de la regulación exterior del comportamiento humano -fuero externo-. iv) La moral es unilateral porque en ella las desventajas, deberes u obligaciones no son correlativas a las ventajas de otro individuo, mientras que el derecho es bilateral, porque establece ventajas para una persona y en forma correlativa desventajas para otra.

MORAL - Interpretación según nuestro derecho

En este sentido, lo que se puede dar por sentado es que nuestro derecho ha recogido y toma en cuenta la moral de varias maneras: i) en primer lugar, como fuente de inspiración del contenido de muchas normas positivas -no de todas, desde luego-, las cuales son producto de la discusión pública, a cargo de los órganos institucionales que producen el derecho positivo, pero también a cargo de

la sociedad civil, quien de diversas maneras, institucionalizadas o informales, hace sentir su voz sobre los diferentes temas que interesan a ambos sistemas normativos. ii) En segundo lugar, la ética también está recogida en la norma jurídica, como norma positiva, de manera que la moral y el derecho se unen, en perfecta armonía, confundándose en una sola. En este caso, aplicar la norma jurídica o la moral no tiene diferencia práctica, a los ojos de un espectador lego. iii) En tercer lugar, hoy en día la moral es, de manera importante, un criterio de interpretación del derecho positivo, al considerarse como un principio general del derecho. Esta posición le permite asumir una función creativa frente a la norma jurídica, de alcances insospechados en cuanto a los resultados, produciendo una influencia de proporciones incalculables, por lo menos en forma a priori.

MORAL ADMINISTRATIVA - Es un concepto jurídico indeterminado / CONCEPTO JURIDICO INDETERMINADO - Concepto?????

La moral administrativa es un “concepto jurídico indeterminado”. El derecho a la moral administrativa carece de la concreción normativa que caracteriza otros derechos, que si bien pueden ser amplios y bastos en su contenido, tienen un sentido más preciso. Es el caso, por ejemplo, de los derechos al medio ambiente o al patrimonio, de mayor claridad conceptual y práctica; lo que no significa que no ofrezcan problemas en su aplicación, pero sin duda menores en su comprensión a priori. De manera que el derecho colectivo a la moral administrativa pertenece a ese tipo de nociones que en el derecho administrativo se denominan conceptos jurídicos indeterminados, es decir, significaciones demasiado amplias, imprecisas y hasta vagas, cuya concreción no es posible lograr con su sola enunciación. Este tipo de conceptos los utiliza comúnmente el legislador, y también el Constituyente, ante la dificultad que se presenta de tratar con precisión y rigor una materia, bien por imposibilidad conceptual o bien por imposibilidad fáctica de incluir en una palabra más precisa todo el universo de supuestos que pretenden regular. Esto hace que se deba apelar a expresiones omnicomprendivas de un acervo de situaciones que deben caber en el supuesto de la norma creada, correspondiendo a otra autoridad, la que aplica la norma, interpretar el concepto y definir si se debe o no aplicarse a un caso concreto. La labor de precisión del concepto jurídico indeterminado, con la pretensión de definir su posible aplicación o desecharla, por no corresponder con el caso, es creadora de derecho, o por lo menos aclaratoria del creado por el legislador. De hecho, uno de los primeros problemas que ofrece este tipo de conceptos es que no se sabe, de manera inmediata, si es aplicable al caso que se somete a examen, siendo necesario definirlo previamente para, posteriormente, determinar si el asunto concreto encuadra en el supuesto de la norma.

MORAL ADMINISTRATIVA - No incluye todo tipo de moral y por ello no involucra la subjetiva o particular

En primer lugar, la moral a que se refiere el artículo 88 CP. no incluye todo tipo de moral, entre ellas, la subjetiva o particular, sino sólo la administrativa. De manera que aquellas conductas consideradas como éticamente buenas o virtuosas, pero que pertenecen al campo estrictamente personal, o al religioso, e incluso al social, y que no alcanzan a tener trascendencia política y jurídica, no están incluidos en este concepto. Atendiendo a tal criterio, este derecho-principio no protege la moralidad en abstracto, ni la moralidad en general, sino una especie de ella: la que el Constituyente dio en llamar “moral administrativa”. Así, entonces, ciertas conductas consideradas como éticamente incorrectas no pueden ser objeto de protección a través de la acción popular, porque pueden constituir violaciones a la moral privada, la cual se deberá seguir protegiendo a través de otro tipo de

acciones que recojan los efectos de las conductas particulares moralmente indeseables. “En segundo lugar, este concepto, pese a la distinción anterior, la cual delimita bastante bien el tema, sigue siendo problemático, porque el adjetivo “administrativo” puesto a la moral sugiere algunas ideas concretas, preconstruidas por el derecho público, y cuyo significado puede darle un giro determinado al alcance del concepto.

CORRUPCION - Efectos

La corrupción atenta contra los derechos humanos. La corrupción atenta directamente contra los derechos fundamentales de las personas, pues ¿de qué manera podrían asegurarse estos derechos donde algunas personas están dispuestas a violentar en los demás su igualdad, el respeto a la dignidad humana, el acceso a las posibilidades de distinto orden que concede el Estado, al trabajo, etc.? Por razones lógicas, siempre la corrupción afectará los derechos humanos de quienes no participan de ella, pues es propio de todo acto de corrupción negar a los demás algunos derechos potenciales o reales, para adjudicárselos a sí mismo o a una persona a quien se tiene interés en beneficiar. La corrupción genera exclusión. Lo anterior ayuda a entender que la corrupción también genera exclusión de los ciudadanos que no participan de ella, pues quien no lo practica no accede a determinados bienes o servicios, que se entregan a quienes se los reparten en forma irregular -puestos de trabajo, ayudas económicas, cupos de vivienda, de estudio-. Ante esta situación los ciudadanos honestos se ven privados de muchos derechos y por tanto excluidos de determinadas esferas de lo público, y aún de lo privado, a la vez que son separados de los lugares en los cuales se debería asegurar la posibilidad de que ellos también pudieran participar. La corrupción conduce al subdesarrollo. Es apenas evidente que cuando los funcionarios públicos y los ciudadanos de un Estado viven entre los intersticios que dejan las normas, entre los negocios prohibidos y en medio de la ilegalidad, el impacto sobre las posibilidades de desarrollo es enorme, tanto así que la reducción de los recursos públicos, producto de los actos de corrupción sobre el erario, puede desestabilizar la economía de un país, tanto que muchos han entrado en crisis a causa del despilfarro y el robo -fundamentalmente en la contratación estatal. La corrupción destruye el sustrato moral de una sociedad política. La pérdida de los valores también es una consecuencia lógica del incremento de los actos de corrupción, tanto que en ocasiones el parámetro moral cambia: lo que antes era incorrecto deja de serlo, porque los hombres se acostumbran a vivir entre el fango y dejan de percibirlo como desagradable. La corrupción atenta contra la legitimidad del poder. Un Estado afectado por la corrupción es un espacio político donde las personas dudan de lo que en nombre de él se hace. Se sospecha de la bondad de las leyes, de los actos del Gobierno, de la justicia de los fallos de los jueces, de la intencionalidad expresada por los funcionarios públicos en todas las decisiones que toman.

MORAL ADMINISTRATIVA - Ubicación conceptual

En síntesis, hoy en día es posible desentrañar la moral administrativa en varios lugares, unos más comunes que otros, unos más complejos que otros, unos más grandes que otros: i) al interior de la norma positiva -la Constitución, la ley, los reglamentos, y en general o cualquier norma del ordenamiento jurídico que desarrolle un precepto moral-; lugar en el cual, comúnmente, buscan los abogados la moralidad pública; ii) en los principios generales del derecho y en los concretos de una materia, los cuales mandan, desde una norma, actuar de un modo determinado, aunque menos concreto que el común de las normas positivas. Esta fuente de la moralidad administrativa es menos precisa, pero no por ello menos

concreta en sus mandatos. Admite, por esta misma circunstancia, un alto nivel de valoración, pero sin tolerar el capricho. Finalmente, iii) la moral administrativa también se halla por fuera de las normas, pero dentro del comportamiento que la sociedad califica como correcto y bueno para las instituciones públicas y sus funcionarios, en relación con la administración del Estado. Esta fuente de la moral administrativa exige del juez mayor actividad judicial, pero con ayuda de la razón y del sentido común ético puede calificar los distintos comportamientos administrativos a la luz de la moral exigible de quien administra la cosa pública. Este lugar, más abstracto aún que el anterior, exige una ponderación superior, en manos del juez, de la conducta administrativa, a la luz de la ética pública.”

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de junio de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 70001-23-31-000-2003-00618-01(AP)

Actor: EMPOSUCRE EN LIQUIDACION

Demandado: NACION-MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO Y OTROS

Referencia: ACCION POPULAR-APELACION DE SENTENCIA

Con el acostumbrado respeto que mantengo frente a las decisiones de la Sala, en esta ocasión aclaro mi voto en relación con la sentencia proferida el dieciocho (18) de junio de 2008, en el proceso de la referencia.

1. Síntesis del problema

Conoció la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, el día 27 de julio de 2005, en el proceso ya indicado.

La Sala revocó la decisión del *a quo*, i) amparando los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público. Así mismo, ii) negó el incentivo pretendido por el accionante, tanto el dispuesto en el artículo 39, como el prescrito por el artículo 40, de la Ley 472 de 1998.

Aunque comparto la decisión adoptada por la Sala, debo aclarar mi voto, en los siguientes temas: i) el análisis efectuado en relación con el derecho colectivo a la moralidad administrativa, y ii) el incentivo regulado en la Ley 472 de 1998.

2. El Derecho colectivo a la moralidad administrativa. La moralidad administrativa no se agota en el juicio de legalidad.

La Sala amparó el derecho colectivo a la moralidad administrativa -lo cual me parece correcto-, pero es preciso aclarar lo concerniente a sus contornos principales y, particularmente, a su relación con el principio de legalidad, teniendo en cuenta que, en mi sentir, este derecho colectivo no se agota en la simple observancia de lo prescrito por el ordenamiento jurídico, esto es, en un juicio de simple legalidad.

En tal sentido, señaló la Sala, en la providencia de la cual me aparto, a propósito del derecho colectivo a la moralidad administrativa y al principio de legalidad, que:

“Frente a lo que se entiende por moralidad administrativa, la Sala precisó, en tesis que ha sido constantemente reiterada¹¹⁹, que en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (Art. 1), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (Art. 209 *Ibíd*em), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley. (Fl. 927) (...)
(...)

¹¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2002. Exp. No. AP-059; Exp. No. AP-166 y AP-170 de 2001.

“Igualmente ha hecho énfasis la Sala en la utilidad del principio de legalidad a la hora de determinar la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, en tanto la conclusión de su vulneración no depende del concepto personal del juez sobre lo que considera moral, sino de la justificación que la actuación cuestionada encuentre en el ordenamiento jurídico, eliminando de esa forma cualquier consideración de carácter subjetivo en la inferencia que encuentre el juez en torno ó no de ese derecho.” (Fl. 928)

En mi criterio, la visión de este derecho así tratada es bastante reducida, pues tiene deficiencias en la determinación de su alcance y valoración. Para su mejor comprensión me remito a lo expuesto en una sentencia proferida por esta misma Sección¹²⁰ -de la cual fui Ponente- en la cual se analizó el alcance y naturaleza de este derecho colectivo. Al respecto, cabe citar, *in extenso* -por su claridad-, los siguientes apartes:

“2.1. Concepto de moralidad: Tensión y complementariedad entre la moral individual y la moral social.”

“La moralidad, también denominada “ética” en otros contextos, hace referencia al obrar correcto, es decir, al comportamiento adecuado, en términos valorativos¹²¹. Constituye en sí misma una pauta de conducta, en principio individual, que determina la manera como se debe actuar en determinados casos de la vida práctica. De este modo, la acción humana se limita y orienta por una escala de valores que, impuesta por el mismo individuo, conduce sus acciones cotidianas, según los parámetros trazados unilateralmente.

“De esta manera, la realización de conductas buenas y el cumplimiento de los deberes¹²² son representativos del obrar ético, surgiendo el hombre virtuoso, es

¹²⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de agosto de 2007. Rad. AP-00618-01.

¹²¹ Para Gabriel Amengual Coll “La moralidad trata del comportamiento humano bajo el punto de vista subjetivo del agente individual, desde sus móviles y convicciones (desde su sensibilidad y su razón), desde su coherencia personal, desde su autonomía, instancias que son el origen desde donde brota dicho comportamiento. En este sentido la moral ofrece una perspectiva esencial o fundamentalmente subjetiva e individual en cuanto a su origen y motivación (aunque ello no implica que en principio esté cerrada a otras perspectivas).” (La moralidad como derecho. Ed. Trotta. Madrid. 2001. pág. 377)

¹²² En el libro Sobre los Deberes, Cicerón clasifica los deberes de la siguiente manera: i) deberes para consigo mismo, ii) deberes externos o para con la sociedad, iii) deberes para con el estado y iv) deberes para con la familia.

Dentro de los deberes con la familia destaca que la sangre crea vínculos por los cuales el afecto y el amor exigen un compromiso recíproco de cuidado y protección. Lo propio dice de los deberes con

decir, el individuo que representa un modelo de vida buena a seguir. La virtud es, entonces, un parámetro de medición de la vida ética y, en este sentido, alcanzarla forma parte del ideal moral.

“Como se puede apreciar, no se trata de un concepto de fácil comprensión, si se tiene en cuenta que su fundamento depende, en principio y en ocasiones, de la actitud y el compromiso individual de cada sujeto. Esta idea destaca una de las facetas de la moralidad: la personal, subjetiva o individual, cuya existencia y construcción depende de la capacidad de cada individuo de dictarse sus reglas de comportamiento, como legislador soberano de este espacio de la vida.

“No obstante esta circunstancia, el hecho de que cada hombre tenga una potestad creadora de los criterios de su conducta, no le resta valor a la moral individual, pues, desde este punto de vista, ella no se define por la capacidad de imponerse ciertas reglas de conducta, desde fuera del sujeto, sino que valora la aptitud humana de señalarse, a sí mismo, reglas sobre el buen comportamiento.

“De hecho, desde el punto de vista de la ética más noble y pura, es deseable que unilateralmente cada individuo cree, se dicte e imponga los valores éticos que debe observar, con la esperanza de que la coincidencia de estos comportamientos, por la sumatoria de los sujetos que piensan y actúan del mismo modo, redunde en la creación de una comunidad de actitudes buenas¹²³.

“Esta cualidad da cuenta de la “conciencia moral” del hombre, es decir, de su capacidad de reflexionar, con ayuda de la razón, para construir parámetros de comportamiento apropiados para los seres humanos. Esta facultad humana de saber, desde el interior del corazón y el espíritu, cuáles conductas son éticamente buenas o malas, correctas o incorrectas, constituye el motor más importante de la reflexión moral y de la creación de este tipo de normas.

el Estado y con la sociedad, los cuales se representan en la existencia de las leyes y, por tanto, el cumplimiento de las mismas es una forma de garantizar el cumplimiento de los deberes.

¹²³ Kant dirá que el hombre debe dotarse a sí mismo de la “autodeterminación”, es decir, de la capacidad de proponerse fines concretos. “... El hombre irrumpe ahora como un ser que se propone fines... Esta palabra tiene un claro sentido intuitivo: el hombre mueve su voluntad desde sí mismo. El fin que el hombre se da a sí mismo es el fundamento de su decisión de actuar. Así, el hombre cumple por sí mismo todas las condiciones para pasar a la acción... El problema es si la razón humana puede dar al hombre algún fin.” (Historia de la ética. Dir. Victoria Camps. Ed. Crítica. Barcelona. José Luis Villacañas. Pp. 338)

“La razón y la conciencia moral se erigen, en esta medida, en las herramientas con las cuales el hombre discierne sobre su conducta y reflexiona sobre los comportamientos más adecuados. La humanidad pone, de este modo, la confianza sobre esa capacidad de cognición y espera que con su ayuda se descubran los valores más útiles para cada persona y para la sociedad.

“Existe, no obstante, una deficiencia en ese proceso de construcción de la moral individual, como base de la existencia de una ética aplicada, lo que hace dudar de la capacidad de definir, por sí solo, lo que es ético y lo que no lo es. Pensar lo contrario constituye una ética ingenua. Se trata de que no es posible confiar en que todos los hombres coincidirán en dictarse las mismas normas morales -por lo menos las más importantes-, con el mismo contenido y el mismo nivel de vinculación, logrando así que la observancia de una conducta se generalice. Este riesgo crece porque existen hombres que no están dispuestos a dictarse reglas de conducta buenas, que limiten su capacidad de obrar, es decir, sujetos que actúan sin prejuicios éticos, y que prefieren actuar, frente a los demás, usando la fuerza, la astucia, el engaño, entre otros antivalores.

“Se debe aceptar y reconocer, moralmente hablando, la existencia de esta condición humana, es decir, la incapacidad que demuestran algunos individuos para dominar sus pasiones, e incluso la preferencia por convivir con ellas¹²⁴.

¹²⁴ Casi todos los filósofos morales -Platón, Cicerón, Spinoza, los filósofos teológicos, entre otros- coinciden en señalar que el hombre debe sobreponerse a su naturaleza y dominar las pasiones que afectan su comportamiento, para alcanzar las virtudes y aspirar a una vida feliz y éticamente madura.

En este sentido, Spinoza se ocupa, en el libro la *Ética*, de analizar las pasiones humanas, como afecciones del alma, asociadas luego con la idea de liberación individual. En este sentido, descubre dos grandes espacios en los cuales se mueve la libertad: el de la "*libertad interior*" y el de la "*libertad exterior*".

La primera determina la liberación del hombre de las pasiones que le afectan perjudicialmente y que determinan su capacidad de actuar en un sentido negativo, en cuanto padece y se disminuye su potencia de hacer ciertas cosas. Así es como sus actos están indefectiblemente determinados a producir resultados nefastos para sí mismo cuando el odio, la envidia, la mentira, la discordia, entre otros, se apoderan de su alma.

Lo importante al destacar este aspecto es que Spinoza dice a los hombres que es necesario que conozcan, identifiquen y descubran las pasiones que disminuyen su potencia de obrar ciertas cosas, con la finalidad de que se "libere" de ellas, tan pronto las haga evidentes a sus ojos, ya que, de no ser así, será movido a actuar de una manera u otra, sin conocer las causas de ello.

De modo que sólo en cuanto se diferencien y distingan las afecciones que hacen padecer, entonces se estará en capacidad de sobreponerse a ellas para determinar y dirigir el modo de actuar hacia las

“Esta actitud demuestra el desinterés humano, por parte de algunas personas, de perfeccionarse moralmente, o mejor, su apatía por construir un sentido de vida

cosas productivas y benéficas para la naturaleza humana, porque si se conocen clara y distintamente los males que nos agobian y que impiden ser "*libres interiormente*", entonces se estará en capacidad de conducir la libertad hacia las mejores cosas, hacia las más provechosas y buenas para cada uno. *A contrario sensu*, el desconocimiento de las pasiones nos convierte en esclavos de ellas, por carecerse de la conciencia de lo que ocurre en cada quien.

También se debe resaltar de este asunto que existen pasiones del alma que sólo perjudican a los hombres individualmente considerados, ya que en tanto son arrastrados por ciertos desordenes, sobre los cuales no tienen ningún control, entonces puede ocurrir que el resultado y lo que definitivamente se produzca tan sólo acarree consecuencias para sí mismo. Es lo que se presenta cuando debiéndose actuar con magnanimidad el alma es determinada, por sus pasiones, ha actuar de un modo opuesto a este sentimiento, o cuando debiéndose ayudar al prójimo se refugia el hombre en sí mismo y se cierra a los demás.

Frente a estos casos lo que puede suceder es que posiblemente esas conductas, determinadas por las pasiones que arrastran al hombre a padecer, no tengan consecuencias exteriores a sí mismo -es decir, que no trascienden su esfera íntima-, y tan sólo pasan a ser actos de buena o mala voluntad que no son impuestos por causas externas, muy a pesar de que afectan al hombre desfavorablemente, porque al actuar así no se supera a sí mismo, ya que convive con las debilidades que reducen su potencia de obrar.

Según lo dicho, hay actuaciones inducidas por las pasiones que no pueden ser cuestionadas, impuestas o determinadas por fuerzas exteriores a cada uno de los hombres -como el Estado, por ejemplo-, ya que sólo a él interesan y por ello es libre de decidir cómo asume y afronta ese problema. De este modo, actuar con dominio de las pasiones, o dominado por ellas, sólo interesa a quien está siendo afectado por estas circunstancias, pero de allí no se derivan -o mejor, no se deben derivar- consecuencias perjudiciales para él, salvo las que le dicte su propia conciencia, cuando sea recriminado por esta. Aquí encontramos un asomo del concepto de "libertad negativa", que tanto interesa al derecho.

No quiere decir esto que lo que no trascienda la esfera interior no sea importante para la libertad humana. Se trata, simplemente, de reconocer que hay actos humanos influenciados por las pasiones que nos atacan, y como tal inducen a actuar de una forma determinada; pero la manera como se haga no puede ser cuestionada válidamente por otras personas o autoridades -salvo lo que desde el punto de vista ético o moral se pueda reprochar a una persona por sus acciones, caso en el cual la censura no es institucional sino informal-.

Tampoco quiere decir que lo que no tenga "control exterior" no sea importante como mecanismo para hallar la "libertad" del hombre -además de que no es esto lo que se desea destacar con la distinción propuesta entre "libertad exterior" y "libertad interior"- . Sin duda alguna la libertad del hombre, y esto se comparte plenamente con Spinoza, parte de conocer y reconocer las afecciones que disminuyen la potencia de obrar y de tomar medidas contra ellas para dominarlas, y de este modo vencer lo que impide potenciar las acciones favorablemente.

Sin embargo, esto no se opone a que existan acciones que, liberándonos interiormente de las cadenas que atan, no tienen control fuera de sí porque a nadie le interesa inducir ciertos comportamientos desde el exterior. Es el caso del Estado, cuando no se preocupa -ni debe hacerlo- por moldear todas las acciones del hombre, sino sólo de aquellas que son consideradas como importantes y necesarias para mantener el orden o la disciplina, o en general muchos otros valores que se determinan según la condiciones de cada caso.

Puede concluirse, de esta manera, que la "libertad interna" del hombre muchas veces sólo a él interesa, sin que sea permitido, necesario o conveniente que fuerzas ajenas obliguen a moldear su comportamiento. Ante esta situación diremos que la "libertad interior" del hombre es buena para todos, pero sólo cada cual tiene la posibilidad de alcanzarla, si a bien quiere hacerlo y la estima necesaria y buena para sí, pues cada uno tiene en sus manos la potestad de seguir siendo esclavo o libre de lo que le agobia o le domina.

más acorde con la condición privilegiada que tiene el hombre, en el contexto de los demás seres vivos que habitan el mundo.

“En los términos más simples de la axiología, es claro que la superación de la condición humana natural supone tener la actitud decidida de vencer las pasiones, es decir, las inclinaciones humanas más bajas que hacen que el hombre tenga ciertos sentimientos y, luego, ciertos comportamientos egoístas para con el resto de la humanidad. Esa inclinación a ser dominado por las sensaciones y sentimientos más bajos debe combatirla el mismo hombre, hasta sobreponerse de esta condición y superarla con ayuda de sentimientos más nobles, que hacen más humana la existencia en el mundo¹²⁵.

“Este hecho pone en cuestión la convicción de algunos, sana pero también ingenua, de que el hombre, sólo, puede actuar bien; de manera que es necesario construir y reclamar una moral objetiva, exigible y oponible a todas las personas, que no dependa, por tanto, de la voluntad soberana del individuo, y que pueda imponerse a cualquiera que viva en la sociedad¹²⁶.

¹²⁵ En este mismo sentido dice Cicerón, en Sobre los Deberes, que el cumplimiento de éstos se hace difícil, si tenemos en cuenta que el hombre es atacado por las “pasiones”, las cuales se reflejan en el amor por las cosas externas, el ansia por la primacía sobre los demás hombres. Por esta razón, exhorta a que no se desee demasiado el dinero, ni la gloria, pues “el ánimo debe estar libre de toda perturbación, tanto de la ambición y del temor, como de la tristeza y de la alegría inmoderada y de la cólera, para gozar de la serena tranquilidad, que trae consigo la constancia y el sentimiento de nuestra dignidad.” -Sobre los deberes, num. 69-.

El dominio de las pasiones es el que educa el espíritu y el cuerpo en el arte de saber cumplir los deberes, pues donde el individuo se deja regir por esos comportamiento o sentimientos difícilmente podrá cumplir los deberes que le impone su condición de hombre, de ciudadano y de miembro de una familia.

¹²⁶ **En la misma línea de Spinoza, qué puede decirse de la "libertad exterior" del hombre? En este caso ocurre el fenómeno inverso al descrito en los anteriores párrafos, ya que lo que se exige al hombre no es que tome conciencia de la necesidad de que adecue su comportamiento con lo que se constituiría en la libertad humana en un caso determinado, sino que las acciones que así lo contemplan son exigidas e impuestas desde fuera, con la finalidad de garantizar la convivencia entre los hombres.**

En estos casos las afecciones que determinan negativamente la potencia de obrar son objeto de preocupación por el Estado, y se le impone a cada uno de los miembros de la sociedad disponer de las actitudes necesarias para superar tales padecimientos. En este sentido, se crea un convencionalismo sobre lo que es la "libertad", pues quien no lo comparta es obligado a respetar el acuerdo sobre el sentido de la libertad que se adopta en cada espacio determinado, imponiéndose la carga de actuar aún contra sus ideas con respecto al tema de que se trate.

Así, pues, no se deja en manos de la conciencia individual la posibilidad de elegir de qué modo se obra, sino que esto viene definido desde fuera, con la idea de procurar alcanzar un acuerdo en temas concretos sobre la libertad. Se podría decir que esta es una faceta de lo que se ha dado en llamar las "libertades mínimas", pero entendida en este caso como el comportamiento exigido a

“A esta moral, de carácter social y pública, le corresponde la tarea de construir y sugerir un comportamiento debido, a partir de una escala de valores aceptada por los miembros de la comunidad. De hecho, una ética que no se universalice difícilmente permitirá que surjan las condiciones para vivir con tranquilidad en la sociedad política.

“Esta actitud transformadora da el paso de la moral privada hacia la moral pública, de la moral individual a la social, de la moral subjetiva a la objetiva. Así se garantiza, también, la mínima uniformidad de la conducta ética, sin la cual existiría una desventaja en la existencia para los sujetos morales que actúan por vocación propia, lo que haría imposible vivir en comunidad a los individuos éticos y a los sujetos amorales¹²⁷.

todos los hombres con la finalidad de que se respeten comportamientos necesarios para vivir en comunidad.

Un ejemplo de este tipo de libertad lo constituye el hecho de que nadie puede elegir calumniar o no a otra persona, por muy afectado que esté de ira, odio, o de cualquier otro padecimiento; sino que se le exige guardar un comportamiento preestablecido que, en último término, ataca las afecciones que trastornan negativamente el comportamiento adecuado y la libertad que todo hombre, sin necesidad de que se lo impongan, debería controlar para su propio bienestar.

Es en este orden de ideas que puede hallarse sentido a lo expresado por José M. Bermudo cuando dice, acerca de la "libertad" en Spinoza, que:

"el fin del estado es, en definitiva, la libertad. Libertad frente a los otros, pero también frente a sí mismo; libertad, o sea, actuar conforme a la razón, conforme a lo universal y común, lo que une a los hombres; libertad, en definitiva como vida filosófica y política." (pp. 7)

En fin, clarificadas estas dos manifestaciones que de la libertad creemos pueden desprenderse de Spinoza, se considera que al fin y al cabo ambas constituyen lo que ahora denominaremos la "moral en sentido integral". La unión de ambas libertades no se queda sólo en lo que quiera o pueda hacer con mi voluntad de cambiar o dominar mis pasiones bajas, sino que también trasciende el espacio de lo íntimo y se involucra en las relaciones entre los individuos, para obtener de allí el otro sentido de la libertad humana: la libertad de tipo política, o sea la que toca las relaciones del hombre con lo social.

¹²⁷ W. F. Hegel, comentado por Amengual Coll, ha construido el concepto de "eticidad" para decir que "La eticidad, en cambio, mira el comportamiento humano bajo el punto de vista objetivo, es decir, comunitario (en el sentido más general del término, no en el sentido de los comunitaristas actuales, sino anterior a la distinción entre comunidad y sociedad, o entre sociedad civil y Estado, de modo que comprende ambos términos sin distinguir todavía), institucional, desde los marcos institucionales en que el individuo desarrolla su vida y comportamiento, desde la cultura en que vive, desde el marco social y político en que se encuentra, fundamentado, respetado, motivado, permitido, promovido, etc. ...

“Pero la eticidad es un paso adelante, que viene a subsanar las insuficiencias detectadas en la moralidad: el formalismo y la ineffectividad. La eticidad, hablando en términos actuales, podría considerarse como la aplicación de la moralidad en la totalidad de la vida, creando o estructurando una forma de vida personal y colectiva. Si la moralidad se mantenía en una universalidad formal, la eticidad lo hace creando constituyendo una universalidad concreta.” (Ob. Cit. Págs. 378 a 379)

“De otro lado, la moral que se comparte en sociedad sólo usualmente se alcanza mediante la imposición, a través de las distintas instituciones sociales -como la familia, la empresa, la sociedad civil o el Estado-, lo que contribuye a construir consensos de comportamiento, estimados como éticamente buenos y virtuosos. El óptimo ético, desde luego, consiste en la formación de una voluntad moral universal y uniforme, dictada por todos y cada uno de los individuos de una sociedad concreta, quienes, de manera coincidente, confluyen a proponer, crear y observar un mismo comportamiento, socialmente aceptables.

“No obstante, como la naturaleza humana no ha dado nunca la garantía de que todos los hombres pueden llegar a acuerdos en estas materias, y considerado el riesgo que se corre si algunos individuos se resisten a compartir el mínimo ético que una sociedad concreta exige, entonces ha sido necesario dictar e imponer conductas morales a éstos, quienes sólo por la presión están dispuestos a acatar los parámetros éticos que la sociedad demanda.

“De hecho, bastaría con que un solo hombre se negara a aceptar, respetar y aplicar el criterio moral compartido por los demás ciudadanos, para que éstos corrieran el inminente riesgo de verse sometidos a las conductas amorales de aquél, quien por no tener límites éticos tendría la inclinación y posibilidad de someter a la sociedad, la cual, a su turno, asumiría, como actitud inicial, la tolerancia ética, ante su incapacidad moral de actuar del mismo modo que su provocador, pero, finalmente, se destruiría el consenso moral, ante la imposibilidad humana de soportar a los agresores.

“La moral social resulta siendo, en este contexto, un acuerdo, expreso o tácito, sobre los valores y deberes que tienen los ciudadanos para consigo mismo y con los demás. Sin embargo, la moral subjetiva no es exactamente la misma moral social, pues la primera puede tener un tamaño mayor o menor que la primera, según la convicción de cada individuo; reflejando este aspecto la soberanía moral que, por naturaleza, tienen los hombres¹²⁸.

¹²⁸ En la sentencia C-224 de 1994 dice la Corte Constitucional, sobre la moral social, que “Algunos han sostenido que la moral es universal e inmutable, esto es, válida para todos los pueblos, en todos los tiempos. “Otros, por el contrario, afirman que la moral, como todo lo social, está en relación con el espacio y el tiempo histórico, y que es relativa.

“Sin embargo, la moral social debería llegar a reflejar los valores construidos por todos los individuos virtuosos de una sociedad, para que, de esa manera, no desaparezcan los valores individuales, y, en su lugar, se reflejen en el espacio donde los hombres comparten con los demás. Este proceso constituye una especie de reproducción, a escala mayor, de los valores individuales, hasta

“La aparente contradicción no existe si se acepta la distinción entre la moral general y la moral positiva, entendiendo la primera como aquella aceptada por todos los hombres en todas las épocas, y la segunda como la de cada pueblo en el momento particular de su devenir histórico. Dicho en otros términos: la moral es una, pero sus manifestaciones cambian en razón de la diversidad de las sociedades en el espacio y en el tiempo. "Toda la moral consiste en este proceso de sublimación, purificación o catarsis de la conciencia individual, merced al cual ésta se reúne a lo universal, y en esto concuerdan sustancialmente todos los preceptos morales de todos los pueblos y de todas las filosofías. Concordancia que es bien notable y bien significativa, cuando se piensa que se llega a las mismas conclusiones morales partiendo de diversos criterios (por ejemplo, ateísmo o naturalismo), o usando métodos opuestos (por ejemplo, empírico o racional). No es otro el significado de la máxima evangélica: "No hagas a los demás aquello que no querrías que te hicieran a ti" (máxima que fue expresada en forma parecida por CONFUCIO). Y la misma idea, expresada en forma filosófica más rigurosa, es la de KANT: "Obra de modo que la máxima de tu conducta pueda valer como un principio de una legislación universal". ("Filosofía del Derecho", Giorgio del Vecchio, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1946, tomo I, pág. 591).

“Hay, pues, "una moral común, genérica, que incluye todos los hombres y que constituye el mínimo indispensable para todos". Pero cada pueblo en un momento histórico, determinado por las circunstancias sociales, económicas y culturales, tiene una moral positiva, es decir, la manifestación de la moral universal e inmutable en su propia circunstancia. Recasens Siches escribió: "Hay valores éticos y jurídicos que se refieren a la esencia de lo humano y, por tanto, fundan normas ideales de aplicación general para todos los hombres y todas las sociedades. Pero así mismo hay otros valores que (teniendo validez también objetiva) implican en su propia materia o contenido una indicación particular a la situación de una persona, de una nación o de un momento histórico. Hay, desde luego, una moral común, genérica que incluye a todos los hombres y que constituye el mínimo indispensable para todos. Pero además de los valores que fundan esas normas generales, hay una serie de morales vocacionales y de las situaciones concretas e individuales, que no contradicen ni menoscaban aquella moral general, pero que la complementan. La actualización de los deberes concretos de cada una de esas morales vocacionales y situacionales está determinada por la presencia de los hechos de vocación o de situación congruentes. De la misma manera que hay vocaciones individuales -las cuales son el resultado de la articulación de una persona concreta con un contorno también concreto-, así mismo hay vocaciones para las colectividades... Cada situación de un proceso histórico determina la posibilidad de conocimiento y el deber de realización de tareas fundadas en valores singulares cuya ocasión quizá sea singular, intransferible y no se repite. Y así como desde el punto de vista moral podríamos decir que cada individuo tiene el deber de ser auténtico, fiel a sí mismo, fiel a su vocación, de igual manera podríamos decir que a cada época histórica y a cada pueblo le corresponde el cumplimiento de determinadas misiones; porque cada época, cada colectividad -lo mismo que cada individuo- ocupa una especial perspectiva en virtud de la cual puede y debe realizar valores singulares". ("Estudios de Filosofía del Derecho", UTEHA, México, 1946, pág. 667).

“En resumen: hay siempre una moral social, que es la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia. Entendida así, la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social.”

llevarlos, por aceptación generalizada, a la sociedad, representada por las distintas instituciones sociales¹²⁹.

“Este proceso de construcción de la moral social, usualmente inducido a través de la educación y la costumbre, pero también por medio de la presión que ejercen algunos órganos sociales fuertes -como la familia, la sociedad civil o el Estado-, busca salvaguardar los valores morales individuales dignos de conservación - como, por ejemplo, el respeto a los derechos fundamentales, la protección al débil, la consideración con los menos favorecidos, el repudio a las mentiras y el engaño, etc.- hasta generalizarlos e incrustarlos como valores sociales, exigibles de todo ciudadano.

“Este camino hacia la generalización de la moral, imperceptible a los ojos del individuo común, pero no para los observadores de los procesos de transformación social -filósofos, sociólogos, sicólogos, y en menor medida abogados- pretende universalizar la moral más provechosa para una sociedad concreta, buscando que adopte los valores más altos posibles.

“Una sociedad éticamente fuerte, no hay duda, generaliza la mayor cantidad de valores posibles en sus ciudadanos, enseñándoles a amar y respetar, por convicción personal, primero que todo, cada uno de los valores estimados como útiles y necesarios para tal fin. No obstante, y en segundo lugar -de ser necesario-, la misma sociedad impondrá a los ciudadanos indiferentes la obligación de

¹²⁹ En el capítulo IV del libro *la República*, Platón relata la conversación que sostienen Sócrates y Adimanto acerca de las virtudes que deben tener la ciudad y los hombres, con miras a fundar un Estado justo y feliz. Sostiene que es necesario que existan cuatro virtudes -las denominadas “cuatro virtudes cardinales” de Platón-: la prudencia, la valentía, la moderación y la justicia.

La primera consiste en la capacidad que tienen algunos ciudadanos de resolver sobre los problemas de la ciudad, haciendo que lleve las mejores relaciones en el interior y en el exterior; el valor consiste en la capacidad que tiene otro grupo de ciudadanos de defenderla y conservarla; la templanza, que reside en todo el pueblo, es el dominio de los placeres y las concupiscencia, siendo dueños de sí mismos, moderando de ese modo las pasiones; la justicia que consiste en hacer cada uno lo suyo. Todo esto es la ciudad buena.

Platón, luego de fundar la ciudad perfecta, sobre la base de las virtudes extendidas en ella, unas radicadas en una parte de los ciudadanos y otras en todos los individuos, pasa a hacer, en un proceso inverso, la reflexión sobre las virtudes del hombre. Dice que en ellos, para ser felices, también deben residir estas mismas virtudes, pues “-- no nos será absolutamente necesario - proseguí- el reconocer que en cada uno de nosotros se dan las mismas especies y modos de ser que en la ciudad? A ésta, en efecto, no llegan de ninguna parte sino de nosotros mismos...” (435e). (*La República*. Ed. Altaya. Barcelona. 1993. págs. 161-212)

respetar los acuerdos éticos, a fin de instituir una sociedad buena y justa, donde se conviva con tranquilidad.

“Todo este proceso transcurre en una dialéctica social que oscila entre la actitud natural y espontánea del ciudadano, y la inducción, a través de hechos sociales, naturales e incluso normativos, que asientan la moral pública.

“No obstante lo dicho, no puede establecerse una distinción tajante entre la moral individual y la social. Por el contrario, la relación es permanente y se conecta, casi imperceptiblemente, en la conciencia de cada individuo, quien aprecia, determina y juzga, en todo momento, en términos morales, las conductas que debe realizar él o sus congéneres. De esta manera, fluye una especie de comunicación constante entre los dos mundos de la moral, provocando una recreación perseverante y perenne de las actitudes éticas y de los valores morales.

“Una variante de esta idea, en caso de concretarse en la vida práctica, mostraría que la generalización de la moral individual, hasta producirse la colectiva o social, conduce a la liberación del hombre de sus pasiones e individualidad, hasta asumir la vida del otro como propia, es decir, hasta sentir la necesidad, felicidad, angustia, temor y tristeza de los demás como suya, por lo menos como próximas, elevándose el nivel ético a la altura de los más sensibles sentimiento humanos de preocupación por la suerte de los demás y del compromiso de hacer un esfuerzo por alcanzar la felicidad de todos.

“Este proceso mantiene a la moral activa, en sus distintas facetas, porque se somete a prueba por parte de cada individuo y también de la sociedad, generándose un proceso, a su vez, de revisión constante de su contenido, bien para ajustarlo o bien para modificarlo.

“De aquí también se sigue que, al margen de las posiciones *iusnaturalistas* o positivistas, la moral no siempre es la misma, pues si bien ciertas conductas tienen una alta capacidad de permanecer en el tiempo, no necesariamente todos los comportamiento morales subsisten iguales: unos surgen, otros se transforman y algunos más desaparecen.

“De otro lado, la idea de moral social, por su misma forma de construcción, y también de imposición, es bastante más compleja que la moral individual, en

cuanto a los medios de los cuales se sirve para implementarla. De hecho, a ella le corresponde asumir la tarea de unificar el sentido de moral de la comunidad, y socializar sus contenidos, sin sacrificar la moralidad individual que permanece, siempre, en el interior de cada sujeto, en constante ebullición.

“Esta complejidad también se distingue en el hecho de que su debida apreciación, y posterior paso a la formulación universal, requiere de complejos y delicados juicios de comprensión del entendimiento humano, a fin de extraer de cada sujeto lo bueno moral y luego extenderlo, con posibilidades de éxito, sobre el grueso de la capa social. Esta tarea debe explotar, con inteligencia política, las máximas virtudes individuales, para extenderlas a un pueblo, pero sin caer en un moralismo inútil, que termine atormentando la vida cotidiana, hasta cansar a los hombres.

“No sobra decir, por oposición a lo destacado hasta este punto, que la despreocupación o indiferencia moral, por parte de un individuo, encarna un desprecio por la suerte de los demás y de la sociedad entera, así como por el compromiso de que exista una comunidad ética. Esta actitud exige de la comunidad política un esfuerzo superior para someter a los individuos que así se comportan, pues, en términos éticos, la comunidad tendrá que soportar su inactividad hasta presionar un comportamiento acorde con el que comparte el común de los miembros de la sociedad, aunque corriendo el riesgo, constante, de que, ante el menor descuido, estos individuos dejen de observar la moral pública instituida.

“2.2. Relación entre moral y derecho.

“Históricamente, la moral ha sido un concepto problemático, tanto en su dimensión individual como social, alrededor de lo cual difícilmente ha existido consenso sobre su contenido y alcance, pese al esfuerzo de generalización social que se presenta en casos y comunidades concretas.

“No obstante, para distinguirla del derecho ha dicho la doctrina, de manera consistente, que existe una diferencia evidente con la moral, representada en los siguientes conceptos, todos ellos contrapuestos: *i*) la moral es autónoma, porque se la impone el hombre, mientras que el derecho es heterónomo, porque lo dicta

un órgano público que lo impone aún contra la voluntad del ciudadano¹³⁰. ii) La moral es incoercible, porque de su inobservancia no se sigue un castigo institucional, mientras que el derecho es coercible, porque la fuerza es un medio admisible para hacer cumplir su contenido¹³¹. iii) La moral es interna, porque está dirigida a la conciencia individual -fuero interno-, mientras que el derecho externo, porque se ocupa principalmente de la regulación exterior del comportamiento humano -fuero externo-¹³². iv) La moral es unilateral porque en ella las desventajas, deberes u obligaciones no son correlativas a las ventajas de otro individuo, mientras que el derecho es bilateral, porque establece ventajas para una persona y en forma correlativa desventajas para otra¹³³.

“Pese a este esfuerzo de distinción, no debe olvidarse que la moral siempre ha ejercido una influencia determinante sobre el contenido probable del derecho, y

¹³⁰ Carlos Gaviria Díaz, en “Temas de Introducción al Derecho”, presenta este criterio de diferenciación en los siguientes términos: “Parar Kant, conducta heterónoma es la que obedece a un precepto que no deriva de su albedrío, sino que le es impuesto por una voluntad extraña. Autónomo es, por el contrario, aquel proceder que obedece a normas que el sujeto se ha impuesto a sí propio, convencido de su universal validez. Es éste un fenómeno de autolegislación, como que son uno solo el creador de la norma y su destinatario. Autonomía, entonces, vale tanto como autodeterminación. En las reglas heterónomas, en cambio, la relación que entre ellos se establece es en principio de orden vertical: el legislador impone su voluntad al destinatario.” (Señal Editora. Medellín. 1992. Pág. 47)

¹³¹ Este criterio de diferenciación es presentado por el mismo autor, en la misma obra, así: “Que la moral es incoercible significa, simplemente, que su observancia es espontánea y absolutamente libre. En el momento en que alguien sea constreñido al cumplimiento de una norma moral (o siquiera exista esa posibilidad), su comportamiento carecerá de toda significación ética. Porque el acto moral es esencialmente voluntario, queda desprovisto de sentido si su ejecución es forzosa.

“Pero en el ámbito de lo jurídico las cosas suceden de otro modo: el derecho regula el empleo de la fuerza, para lograr la concordancia de las conductas que rige con las prescripciones que impone, y esta posibilidad de constreñir a la observancia de la norma no quita el sello de la juridicidad de la conducta, sino que lo destaca, porque el derecho -insistimos-, en razón de los intereses que tutela, exige de modo preferente -casi exclusivo- la conformidad externa de la conducta con la norma.” (ob. Cit. Pág. 46)

¹³² El mismo autor presenta este criterio de diferenciación de la siguiente manera: “Para Kant, la interioridad de la moral consiste en que la conducta éticamente plausible no sólo se ajusta al deber contenido en la norma sino que encuentra en él su motivo determinante; correlativamente, la exterioridad del derecho consiste en que la conducta obediente a la norma debe ajustarse a la prescripción, sin que importen los motivos de la obediencia, porque pueden ser, entonces, exteriores al deber.” (ob. Cit. Pág. 33)

¹³³ El autor aludido, presenta este criterio de diferenciación, así: “En lenguaje Kantiano puede expresarse esa misma idea con sutilismo y significativo cambio de matiz, diciendo- como lo expusimos más atrás- que la moral prescribe comportamientos buenos en sí mismos, mientras que el derecho los prescribe como buenos para algo y con respecto de alguien. Es decir la moral toma en cuenta la bondad de la conducta en sí misma, referida a un sujeto cuya condición inalienable es la dignidad (imposibilidad de que otro lo sustituya), mientras que el derecho considera al destinatario como un *sujeto social*, con obligaciones *relativas* a esa condición.” Pág. 37-38.

que si bien se presentan grandes diferencias entre ambos conceptos, también existen marcadas y recíprocas relaciones e influencias, haciendo espinoso el tratamiento de la materia. De hecho, los comportamientos morales indiferentes para el derecho no son los que ponen en aprietos este tema, son las actitudes morales con influencia social los que hacen difícil saber hasta dónde el derecho actúa sólo y con independencia, y hasta dónde la moral impone su ideología sobre los operadores jurídicos, así estos crean estar aplicando el derecho y no la moral.

“De ahí que la clásica distinción ideológica entre *iusnaturalistas* y positivistas haya encontrado, alrededor de este concepto, un punto de divergencia bastante representativo en la historia jurídica. De hecho, aquéllos confían, desde este punto de vista, en que el derecho es, sobre todo, un producto moral o, por lo menos, que se encuentra influenciado y determinado fuertemente por él, así sea desde el punto de vista de la hermenéutica con la cual se deben abordar las normas que conforman el sistema jurídico. Los últimos, por el contrario, rechazan la presencia de la moral, antepuesta al derecho positivo, pues la inseguridad que surge si el criterio moral del operador jurídico reemplazara la norma positiva destruiría la noción de derecho moderno.

“No cabe duda, luego del paso del tiempo, que esta tensión histórica ha dado lugar a que la sociedad política y la comunidad jurídica hayan tomado partido, de manera alternada, por diversas posiciones frente a este problema filosófico que ofrece el derecho, y del mismo modo perpetúa la diferencia ideológica entre *iusnaturalistas* de nuevo cuño y positivistas reformistas. Así, por ejemplo, la época medieval se caracterizó por la prevalencia de la moral como determinante del derecho, tanto así que ambos conceptos alcanzaban a confundirse. Fue la época del predominio de la religión sobre el derecho, y también la época de mayor florecimiento del *ius naturalismo* de tipo religioso. La ilustración, por el contrario, se levantó contra ese modo de ver la moral, y también el derecho, y estableció condiciones para objetivarla, llevando la reflexión ética a la norma, e impidiendo que pudiera construirse por fuera de ella. De esta manera, la norma positiva expresaba la concreción moral de la sociedad, y quiso evitarse que la tiranía de los valores individuales -incluido el religioso- sorprendiera a los individuos.

“Si bien podrían desglosarse otros períodos de la historia de la moral y del derecho, y del positivismo y el *iusnaturalismo*, esto es suficiente para comprender

que su relación, de discordia y de consenso, parcial o total, según la problemática de que se trate, ha formado parte de la evolución de esta disciplina social¹³⁴.

“No obstante, la época actual, que no ha escapado a esta disputa, sólo que se ha refinado en su conceptualización, parece haberle dado paso a un nuevo *iusnaturalismo* y a un nuevo positivismo, expresado en la importancia que le viene dando a los principios y a los valores. Se trata de la influencia ejercida de manera directa, a través de su consagración expresa -lo cual satisface parcialmente al positivismo-, pero también de una influencia hermenéutica, a través de la necesidad de resolver los casos concretos con ayuda de la interpretación de los principios -lo cual pertenece más al campo de *iusnaturalismo* de corte clásico-.

“La sociedad moderna, tanto la política como la jurídica, han vuelto a darle gran importancia a los principios y los valores, entre ellos la moralidad, de manera que este hecho también caracteriza fuertemente la situación actual de la relación entre moral y derecho.

¹³⁴ En términos de la relación entre moral y derecho, dice Carlos S. Nino, en Derecho, Moral y Política, que “... los positivistas conceptuales enfatizan la posibilidad de definir el derecho, de individualizar cierto sistema jurídico y de describir su contenido, teniendo sólo en cuenta propiedades de hecho, sin necesidad de incurrir en consideraciones valorativas sobre la justicia, adecuación axiológica o moralidad de los fenómenos que son objeto de tal definición, identificación o descripción...”

“Pero los positivistas acerca del concepto de derecho no se limitan a subrayar la posibilidad definirlo en términos descriptivos y fácticos, sino que también abogan por la conveniencia y hasta por la necesidad de tal tipo de definición. Aquí muchos positivistas, pero de ninguna manera todos, se apoyan en un escepticismo ético, y enfatizan en que si el derecho no se definiera en términos fácticos a-valorativos la identificación de los fenómenos jurídicos sería puramente subjetiva, emotiva y arbitraria...” (pp. 24 a 25)

Por su lado “los iusnaturalistas oponen diferentes réplicas a estos argumentos, en defensa de un concepto valorativo o normativo de derecho... Una de las réplicas parte de la base de que un fenómeno social como el derecho no puede ser identificado y descrito apropiadamente sin tomar el punto de vista de los participantes de ese fenómeno, que necesariamente deben adoptar posiciones valorativas sobre cuando está justificado el empleo de la coacción estatal. Según estos mismos filósofos, las prácticas sociales no se interpretan adecuadamente sin que el mismo intérprete adopte un cierto valor como justificante de esas prácticas.

“Otra réplica... se incide sobre la práctica de un modo indebidamente conservador, puesto que se determina que quienes están obligados a obedecer al derecho, como los jueces, terminen prestando acatamiento al orden vigente cualquiera que sea su contenido. Por lo tanto... un sistema que satisfacer las condiciones fácticas de juridicidad provee razones autónomas para justificar acciones o decisiones, cualquiera que sea la justicia o legitimidad de las prescripciones que constituyen ese sistema.” (Ed. Ariel. Barcelona. 1994. pp. 26)

“Quizá lo propio de la época moderna no sea debatir y tomar partido alrededor de esta clásica distinción de escuelas, pero sí en relación con la importancia de la moralidad como principio y como derecho constitucional.

“En este sentido, lo que se puede dar por sentado es que nuestro derecho ha recogido y toma en cuenta la moral de varias maneras: *i)* en *primer lugar*, como fuente de inspiración del contenido de muchas normas positivas -no de todas, desde luego-, las cuales son producto de la discusión pública, a cargo de los órganos institucionales que producen el derecho positivo, pero también a cargo de la sociedad civil, quien de diversas maneras, institucionalizadas o informales, hace sentir su voz sobre los diferentes temas que interesan a ambos sistemas normativos. *ii)* En *segundo lugar*, la ética también está recogida en la norma jurídica, como norma positiva, de manera que la moral y el derecho se unen, en perfecta armonía, confundiéndose en una sola¹³⁵. En este caso, aplicar la norma jurídica o la moral no tiene diferencia práctica, a los ojos de un espectador lego. *iii)* En *tercer lugar*, hoy en día la moral es, de manera importante, un criterio de interpretación del derecho positivo, al considerarse como un principio general del derecho. Esta posición le permite asumir una función creativa frente a la norma jurídica, de alcances insospechados en cuanto a los resultados, produciendo una influencia de proporciones incalculables, por lo menos en forma *a priori*.

“Esta multifacética relación entre moral y derecho permite afirmar que existen contextos propios de la moral y del derecho, en cuyos campos la intromisión del uno en el otro no sólo es innecesaria, sino, incluso, nefasta para el desarrollo de

¹³⁵ Es el caso del art. 209 CP., que establece que “ARTICULO 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.”

Lo propio cabe decir del art. 88, según el cual son derechos colectivos “ARTICULO 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

“También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

“Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.”

cada uno de estos sistemas normativos. ¡Esto es bastante obvio! No obstante, también es cierto que la influencia y las relaciones de ambos, en otros casos, no sólo es necesaria sino indispensables para que el derecho se construya según ciertos parámetros morales, que son lo que comparten y están dispuestos a observar los ciudadanos. Este reconocimiento facilita la construcción moral de la sociedad, con la ayuda del derecho.

“Esta última también refleja la función instrumental de la moral, que siempre ha servido de faro al derecho para construirse. De hecho, por grandes y profundas que sean las disputas entre *iusnaturalistas* y positivistas, o entre nuevas y viejas doctrinas del derecho, ninguno puede negar la importancia práctica y legitimadora que tiene la moral en la elaboración de las normas positivas, y también en su aplicación. Esta función, de guía del derecho y también del Estado y del individuo -aisladamente considerado-, expresa la visión ética objetiva que toda sociedad, organizada como Estado, pretende mantener en su interior, como organización social y política consolidada.

“No en vano, entre las tareas rutinarias que siempre han debido asumir los órganos públicos hacedores del derecho y también los aplicadores de éste -como los jueces, por ejemplo- se encuentra cómo hacer compatible la moral y el derecho, en los casos en que deben caminar de la mano. Esa pretendida articulación, necesaria en muchos casos concretos, hace parte de la función natural que deben arrogarse estos órganos, a quienes se les ha encomendado la tarea de hacer el derecho y/o de aplicarlo, manteniéndolo vigente y legítimo¹³⁶.

¹³⁶ En un sentido aplicado dijo la Corte Constitucional, en la sentencia C-224 de 1994, que: “Las anteriores explicaciones permiten entender porqué en el artículo 13 de la ley 153 de 1887, se dijo: “La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho a falta de legislación positiva”.

“En primer lugar, la expresión “moral cristiana” designa la moral social, es decir, la moral que prevalecía y prevalece aún en la sociedad colombiana. (...)

“Entendida la expresión “moral cristiana” como la moral social o moral general, es evidente que en casos excepcionales tendría validez como fuente del derecho una costumbre que no sea acorde con la moral general del país, pero que sea conforme con la moral de un grupo étnico y cultural en particular. Sería el caso, por ejemplo, de algunas tribus indígenas cuyas costumbres se basan en una moral diferente a la general de los colombianos. En virtud de los artículos 7o., 246, 247 y 330 de la Constitución, los individuos que componen tales grupos, podrían invocar sus costumbres, acordes con su propia moral social. (...)

“Y no se ve cómo la referencia a la moral generalmente aceptada, pugne con la diversidad étnica y cultural reconocida por el artículo 7o. y con la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 13.

“2.3. La moral administrativa.”

“Los anteriores planteamientos conforman la base para adentrarse en el estudio del derecho colectivo a la “moral administrativa”, a que se refiere el art. 88 CP. Se advierte que el concepto mismo resulta problemático, porque la “moral” a secas no constituye el objeto de este derecho, sino la moral “administrativa”, lo cual supone pensar y afrontar varios tipos de problemas.

“2.3.1. Origen constitucional del derecho colectivo a la moral administrativa. A diferencia de muchos otros derechos colectivos, la moral administrativa tiene fundamento constitucional, pues ella lo creó directamente, al enunciarlo en el art. 88. Por el contrario, también dispuso que el legislador podía crear otros derechos colectivos, de lo cual se ocupó éste en el art. 4 de la ley 472 de 1998¹³⁷.

“Tampoco se opone al artículo 95 en cuanto éste señala los “deberes de la persona y del ciudadano”, deberes que consultan los postulados de la moral generalmente aceptada por los colombianos.”

¹³⁷ Dispone éste artículo: “Artículo 4º. Derechos e intereses colectivos. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

- a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;
- b) La moralidad administrativa;
- c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;
- d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;
- e) La defensa del patrimonio público;
- f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;
- g) La seguridad y salubridad públicas;
- h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;
- i) La libre competencia económica;
- j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;
- k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;
- l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;
- m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;
- n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia.

Parágrafo. Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley.”

“De manera que en la relación de derechos que el artículo citado contempló, la inclusión de la moralidad administrativa no es más que una reproducción del derecho creado en la Constitución, y que sólo para fines pedagógicos y de completitud de la materia fue incluido en dicha norma, pues, en términos de eficacia, no era necesario que lo hiciera¹³⁸.

“Sin embargo, vale la pena tener en cuenta que la moralidad, como valor jurídico y político, no fue creada propiamente por la Constitución Política de 1991. De hecho, tiene antecedentes preconstitucionales, en distintas leyes¹³⁹.

¹³⁸ Como dato curioso es bueno observar que este derecho fue llamado por la Constitución como “moral administrativa”, mientras que la ley lo reprodujo como “moralidad administrativa”, lo cual, no cabe duda, ni le pone ni le quita contenido al derecho.

¹³⁹ Así, por ejemplo, en la ley 153 de 1887, sobre las reglas generales de validez y aplicación de las leyes, dispone el art. 18 que “**Las leyes que por motivos de moralidad, salubridad ó utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior, tienen efecto general inmediato. (...)**”

También en la ley 88 de 1910, art. 23, entre las funciones que se atribuían a las asambleas departamentales, se encontraba una que disponía: “40.-Prohibir los juegos y diversiones **públicos que perjudiquen a la moralidad** o al desarrollo de la riqueza pública, y castigar a los infractores con pena de reclusión hasta por un año, y (...)”

En otras leyes, como aquellas con las que se pretendía contrarrestar el alcoholismo, se utilizaba éste término. Por ejemplo, en la ley 12 de 1923, en su art. 2º, se decía: “**Artículo 2o.** La renta de licores, en guarda de la salubridad, seguridad y **moralidad públicas**, será administrada directamente por los Departamentos. (...)”. En ese mismo sentido, en la ley 88 de 1923, art. 2, se indicó: “**Artículo 2o.**-La renta de licores será administrada directamente por los departamentos, a fin de que estos puedan hacer efectivas las restricciones sobre la producción y consumo de licores y bebidas fermentadas, **en beneficio de la moralidad y la salubridad públicas.** (...)”

También se utilizó en la ley 86 de 1946, sobre propiedad intelectual, donde se dijo: “**ARTÍCULO 94.** **La presente ley declara actos esencialmente contrarios a la moralidad pública**, que escapan como tales a toda protección jurídica: Hacer, reproducir o poseer escritos, discos de gramófono, películas cinematográficas, fotografías, cuadros, dibujos, pinturas, litografías, carteles, emblemas o figuras **de carácter obsceno** o ejercer el negocio de darlos en préstamo o alquiler.”

En ese mismo sentido, en dos artículos de la Constitución de 1986 se hacía referencia al término, así: “**ARTÍCULO 39.** Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones.

“**Las autoridades inspeccionarán las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas.** (...)”

Igualmente, en el art. 168 se decía: “**ARTÍCULO 168.** La fuerza armada no es deliberante. No podrá reunirse sino por orden de la autoridad legítima, ni dirigir peticiones sino sobre asuntos que se relacionen con el buen servicio y **moralidad del Ejército**, y con arreglo a las leyes de su instituto. (...)” (negritas fuera de texto).

“No obstante lo anterior, lo que sí es cierto es que como “derecho colectivo” existe desde la expedición de la Constitución de 1991, lo cual marca una diferencia frente a las normas preconstitucionales, que la trataban como principio o como deber, pero en otros contextos.

“Finalmente, en la actualidad la moralidad posee una doble connotación constitucional: i) Constituye un “principio”, incluido en varias normas de la Carta Política, entre ellas en el art. 209 CP.; pero ii) también es un “derecho”, del tipo de los colectivos, lo que le imprime características especiales que demandan distinguir los momentos diferenciados de su existencia.

“2.3.2. La moral administrativa es un “concepto jurídico indeterminado”. El derecho a la moral administrativa carece de la concreción normativa que caracteriza otros derechos, que si bien pueden ser amplios y bastos en su contenido, tienen un sentido más preciso. Es el caso, por ejemplo, de los derechos al medio ambiente o al patrimonio, de mayor claridad conceptual y práctica; lo que no significa que no ofrezcan problemas en su aplicación, pero sin duda menores en su comprensión *a priori*.

“De manera que el derecho colectivo a la moral administrativa pertenece a ese tipo de nociones que en el derecho administrativo se denominan conceptos jurídicos indeterminados, es decir, significaciones demasiado amplias, imprecisas y hasta vagas, cuya concreción no es posible lograr con su sola enunciación.

“Este tipo de conceptos los utiliza comúnmente el legislador, y también el Constituyente, ante la dificultad que se presenta de tratar con precisión y rigor una materia, bien por imposibilidad conceptual o bien por imposibilidad fáctica de incluir en una palabra más precisa todo el universo de supuestos que pretenden regular. Esto hace que se deba apelar a expresiones omnicomprensivas de un acervo de situaciones que deben caber en el supuesto de la norma creada, correspondiendo a otra autoridad, la que aplica la norma, interpretar el concepto y definir si se debe o no aplicarse a un caso concreto¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Esta Corporación se ha referido a la moralidad administrativa en varias ocasiones, asimilándola a lo que en derecho penal se denomina una “norma en blanco”, por contener elementos cuya definición se encuentran o se deberían encontrar en otras disposiciones y que, para verificar su posible amenaza o vulneración en un caso determinado, es necesario acudir al desarrollo específico y concreto que haya hecho el legislador sobre alguno de los aspectos del principio.

“La labor de precisión del concepto jurídico indeterminado, con la pretensión de definir su posible aplicación o desecharla, por no corresponder con el caso, es creadora de derecho, o por lo menos aclaratoria del creado por el legislador. De hecho, uno de los primeros problemas que ofrece este tipo de conceptos es que no se sabe, de manera inmediata, si es aplicable al caso que se somete a examen, siendo necesario definirlo previamente para, posteriormente, determinar si el asunto concreto encuadra en el supuesto de la norma.

“Desde luego que las múltiples aplicaciones del concepto, bien en la vía administrativa o en la jurisdiccional, según corresponda, ayudan a precisarlo, poco a poco, dándole concreción y sentido preciso, facilitando la aplicación a los casos futuros. Esta labor, lenta y puntual, también da lugar, frecuentemente, a que el operador jurídico encuentre diferentes contextos aplicativos de la norma, de manera que con frecuencia surgen matices en la aplicación de la misma, creándose una multiplicidad de significados locales del concepto, haciendo aún más técnico el uso del mismo.

En este sentido, en la sentencia de junio 17 de 2001, se dijo: “... en otra oportunidad, la Sala tocó el tema del derecho colectivo a la moralidad administrativa. Reconoció que se trata de un principio constitucional que debía ser aplicado como consecuencia del alcance cualitativo del Estado Social de derecho, que impone otra manera de interpretar el derecho disminuyendo la importancia sacramental del texto legal, pues el ‘Estado de Derecho es bastante más que un mecanismo formal resuelto en una simple legalidad; es una inequívoca proclamación de valores supralegales y de su valor vinculante directo’. (...)”

“Adicionalmente, se anotó que la regla que cataloga la moralidad administrativa como derecho colectivo, esto es, el art. 4 de la ley 472 de 1998, es asimilable a lo que en derecho penal se ha denominado norma en blanco, pues contiene elementos cuya definición se encuentra, o se debería encontrar, en otras disposiciones, de manera que para aplicar la norma en blanco, el juez debe sujetarse a lo que prescribe la norma remitida respecto del concepto no definido en aquella. En efecto, se dijo, el artículo 4 de esa ley prescribe que los derechos enunciados ‘estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley’, y el artículo 7 refuerza esa idea, disponiendo que los derechos ‘protegidos por las acciones populares y de grupo... se observarán y aplicarán de acuerdo con como están definidos y regulados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales que vinculen a Colombia’. Sin embargo, se concluyó, las regulaciones a que se refieren las normas citadas, en materia de moralidad administrativa, por las razones expuestas, seguramente no consistirán en una definición conceptual, sino en un desarrollo específico y concreto del algún aspecto del principio.”

En un sentido técnico propio del derecho administrativo, el cual se quiere destacar en la presente providencia, este tipo de conceptos –moral administrativa- no se deben denominar “normas en blanco”, propias de ciertos tipos penales, sino “conceptos jurídicos indeterminados”, cuya teoría ha sido especialmente construida para explicarlos y llenarlos de contenido, en la forma en que se viene explicando en esta providencia.

De hecho, existen profundas diferencias entre ambos conceptos, que no es del caso tratar ahora, pero que sin duda muestran la distancia que hay entre una figura y otra.

“Estas cualidades también le aplican al concepto de “moral administrativa”, sobre el cual ya la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha ido precisando no sólo su alcance, sino también su sentido focalizado.

“2.3.3. La moral administrativa no incluye todo tipo de moral, pero sí protege la que está inmersa en el ejercicio de algunas funciones públicas. Para acabar de definir el concepto de “moral administrativa” deben hacerse dos precisiones adicionales, que delimitan espacial y técnicamente el mismo.

“En *primer lugar*, la moral a que se refiere el artículo 88 CP. no incluye todo tipo de moral, entre ellas, la subjetiva o particular, sino sólo la administrativa. De manera que aquellas conductas consideradas como éticamente buenas o virtuosas, pero que pertenecen al campo estrictamente personal, o al religioso, e incluso al social, y que no alcanzan a tener trascendencia política y jurídica, no están incluidos en este concepto. Atendiendo a tal criterio, este derecho-principio no protege la moralidad en abstracto, ni la moralidad en general, sino una especie de ella: la que el Constituyente dio en llamar “moral administrativa”. Así, entonces, ciertas conductas consideradas como éticamente incorrectas no pueden ser objeto de protección a través de la acción popular, porque pueden constituir violaciones a la moral privada, la cual se deberá seguir protegiendo a través de otro tipo de acciones que recojan los efectos de las conductas particulares moralmente indeseables.

“En *segundo lugar*, este concepto, pese a la distinción anterior, la cual delimita bastante bien el tema, sigue siendo problemático, porque el adjetivo “administrativo” puesto a la moral sugiere algunas ideas concretas, preconstruidas por el derecho público, y cuyo significado puede darle un giro determinado al alcance del concepto. Veamos por qué.

“La primera aproximación que podría dársele al concepto sugeriría que la expresión “administrativa” indica que sólo cuando actúa la rama ejecutiva o administrativa del poder público cabría controlar dichas decisiones por medio de la acción popular. En este orden de ideas, se sostendría que la moral administrativa es propia del ejercicio de la función administrativa, no así del ejercicio de otras funciones públicas. Desde luego que en este primer concepto de aproximación también se incluirían las demás ramas del poder público, siempre que ejerzan, en

el caso concreto, función administrativa. Del mismo modo, incluiría a los particulares, siempre que ejerzan esta misma función.

“La Sala, sin embargo, descarta esta acepción restringida, y opta por una un poco más amplia, según la cual, para los solos efectos del art. 88 CP., dicho concepto no hace referencia concreta y exclusiva a una función pública, o a quienes extraordinariamente la ejerzan, sino que se refiere al concepto de “moral pública”, como género de la moral política.

“En este sentido, el derecho colectivo a la moralidad, en principio, es exigible de todos los órganos que ejercen tareas o actividades a cargo del Estado, en cualquiera de las ramas del poder público, pero no es protegible, a través de esta acción, la vulneración a este principio, en que incurran las autoridades jurisdiccionales y la legislativa.

“Esta interpretación, amplia y garantista, es la que mejor se acomoda a filosofía de la Constitución, así como a los derechos colectivos que se analizan y a la acción a través de la cual se protegen. Otro entendimiento limitaría, innecesaria e injustificadamente, el campo de aplicación de un derecho cuyo propósito no es otro que proteger el ordenamiento jurídico de las desviaciones, provengan de la rama del poder publico que provenga.

“Incluso, esta idea aplica a toda la rama ejecutiva, sin importar si ejerce una función administrativa. Recuérdese, en este sentido, que en ocasiones algunas entidades estatales realizan tareas que no comportan el ejercicio de la función administrativa. Es el caso de algunas tareas que ejecutan las empresas industriales o comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, quienes, pese a que no ejercen la función pública en casos concretos, pueden llegar a violar la “moral administrativa” en esos eventos, pues el adjetivo “administrativo”, se insiste, no se relaciona con el ejercicio de la función pública, si no con la ejecución de actividades por parte del Estado.

“Este entendimiento es el que mejor se compadece con el art. 88 CP., y con la filosofía político-jurídica que lo inspiró, pues la necesidad de proteger los derechos colectivos fue el sentido que inspiró al Constituyente para crear una acción que defendiera a la comunidad de ciertas acciones del Estado.

“2.3.4. *La moral administrativa puede estar inmersa en una amplia variedad de acciones, instrumentos y decisiones del Estado.* A diferencia de muchos otros derechos colectivos, la moral administrativa tiene la cualidad y característica de ser un derecho provisto de una alta potencialidad de proyectarse sobre la realidad, en el sentido en que no se encuentra anclada en un tipo de acto o momento específico, sino que puede manifestarse a través de distintas acciones e instrumentos.

“Es el caso de los contratos estatales, los actos administrativos, las simples o puras acciones materiales del Estado, entre otras formas de actuación administrativa. Incluso, las omisiones pueden involucrar una amenaza o violación al derecho a la moral administrativa, de manera que ningún medio parece escapar a la posibilidad de que a través de él se manifieste la moral administrativa. De aquí se puede concluir que, por lo menos en forma *a priori*, no se puede descartar ninguna forma de expresión de la voluntad del Estado como posible medio amenazante o vulnerante de este derecho.

“1.3.5. *Sentido, contenido e importancia del derecho colectivo a la moral administrativa. Su relación estrecha, pero no exclusiva con la corrupción.* Como todo derecho, cualquiera sea su rango, el de la moral administrativa tiene un sentido que explica y justifica su existencia.

“En parte, de lo analizado sobre la moral en general, y en particular sobre la moral objetiva o pública, es posible inferir la importancia y utilidad de este derecho, en la vida institucional y jurídica colombiana. Sin embargo, es necesario destacar la trascendencia que tiene este derecho en el contexto de los demás que conforman el ordenamiento jurídico.

“En este orden de ideas, resulta innegable que la elevación de la moral a derecho colectivo destaca su especial vinculación con la exigencia ética de que el Estado y sus funcionarios actúen correctamente en relación con las tareas que tienen a su cargo, así como en la forma como deben desarrollarla. Esta preocupación refleja la elevación de la conciencia moral del colectivo social y del Estado de Derecho, tratando de unirlo con los fines del Estado moderno.

“Este hecho también pone de presente que el Estado no puede existir sin la moralidad como supuesto de subsistencia y de su acción permanente, lo cual si

bien nunca se ha negado -de hecho ha existido desde antes-, ahora se ratifica, pero ya no como principio exigible en los procedimientos administrativos, o en el obrar en ciertos contextos especiales, sino como derecho público presente en todos y cada uno de los comportamientos estatales.

“De esta manera se refuerza el principio ético-político que ordena actuar correctamente, en relación con la cosa pública, sublimándose al máximo la importancia y necesidad que existe de potenciar las acciones buenas y correctas, dirigidas al cumplimiento de los deberes públicos para con los ciudadanos. Esta actitud conduce, en el corto plazo, a la universalización reforzada de la ética pública, con un sentido expansivo y vinculante de todos los sujetos involucrados en el quehacer estatal.

“La moral administrativa, así concebida, debe producir también una eticidad social generalizada y también objetiva, que recoge las conductas buenas de los sujetos individualmente considerados y las universaliza, produciendo, a continuación, una actitud de regreso, es decir, que la propagación de una conducta correcta, exigida desde la ley y desde la jurisprudencia, hace sujetos políticos más virtuosos e íntegros, elevando y consolidando una cultura moral más arraigada.

“La consolidación de una moral pública objetiva también sirve para que cada ciudadano sienta como propia la suerte que corren en el mundo los demás miembros de la sociedad, de manera que contribuye a afirmar la unidad social de medios y de fines de acción, por el sólo hecho de que se compartan los propósitos morales del Estado. Esto mismo hace que la moral individual se transforme y perfeccione, por el hecho de que la moral colectiva la rescata y asume; pero, a su vez, la moral colectiva se recrea, por el hecho de que la moral individual se eleva y acrecienta, en el sentido de la perfección, hasta influenciarse la una sobre la otra, propiciando un progreso y refinamiento del comportamiento social e individual en la vida cotidiana.

“Tan noble oficio que cumple la moral tiene, sin embargo, su contrapartida más evidente, pero no la única, en la corrupción. Ésta enfermedad de las sociedades de todos los tiempos tiene la capacidad de destruir la unidad ética que pudiera alcanzarse entre los individuos y la colectividad.

“En la actualidad, uno de los temas que integra la denominada “agenda mundial”, es decir, el catálogo de asuntos de los que se ocupan los Estados desarrollados del mundo, es el impacto que la corrupción genera sobre la sociedad política y la privada en todos los países del mundo¹⁴¹. Lo particular de este asunto es que los efectos de la corrupción han llegado a preocupar a los Estados de todos los continentes, lo que refleja fielmente el alcance que este flagelo ha tenido en la sociedad del presente y del porvenir, sobre los Estados ricos y pobres, los del este y el oeste, los del norte y los del sur.

“Pero a este nivel de preocupación nacional y global no se ha llegado por casualidad. Algún tipo de conexión debe existir entre esta distorsión de la conducta pública y privada éticamente correcta, y la existencia de la política, de la administración pública y de los negocios privados. En efecto, con el tiempo, los niveles de la corrupción han llegado a alterar el equilibrio mínimo y vital que debe existir en una sociedad, y los efectos de la misma sobre los distintos niveles de las relaciones públicas y privadas han modificado los patrones de conducta y de credibilidad en términos de valores, tanto individuales como colectivos.

“La situación se hace más difícil si se tiene en cuenta que el acto de corrupción es un fenómeno expansivo, en términos de sujetos involucrados, pues alrededor de él se gesta una cadena de amigos que va ampliando su círculo y contagia a un número cada vez mayor de personas, lo que, en términos prácticos, se traduce en un relajamiento expansivo de los valores colectivos que le hacen perder fuerza a los valores éticos sociales, debilitándose la moral pública, debido a su, cada vez más, gran espacio de acción en la gestión de lo público.

“Esta proliferación, y además aceptación social y particular de conductas contrarias a las reglas del correcto funcionamiento de la vida de relación con los demás, ha propiciado y hasta fomentado la aparición de los anti-valores que se asientan en el tejido social y se posan en lo más interno de las estructuras individuales, familiares, comunitarias y políticas de la sociedad, creando nuevos parámetros de conducta que transforman a la sociedad misma, acostumbrándola a convivir en un medio que no fomenta la civilidad y la conducta éticamente buena entre los miembros de la sociedad, lo que termina minando el sustrato ético de la sociedad política, que si no es portadora de valores morales mínimos acerca de

¹⁴¹ Los otros temas son, entre otros: la democracia de los Estados, la defensa de los derechos humanos, el terrorismo y la protección del medio ambiente.

los correcto y lo bueno, termina generando y atentando contra los siguientes principios estructurantes de una comunidad política moderna, como la colombiana.

“- *La corrupción atenta contra los derechos humanos.* La corrupción atenta directamente contra los derechos fundamentales de las personas, pues ¿de qué manera podrían asegurarse estos derechos donde algunas personas están dispuestas a violentar en los demás su igualdad, el respeto a la dignidad humana, el acceso a las posibilidades de distinto orden que concede el Estado, al trabajo, etc.? Por razones lógicas, siempre la corrupción afectará los derechos humanos de quienes no participan de ella, pues es propio de todo acto de corrupción negar a los demás algunos derechos potenciales o reales, para adjudicárselos a sí mismo o a una persona a quien se tiene interés en beneficiar.

“La conexión entre derechos humanos y corrupción no es ocasional ni extraña. Por el contrario, cada acto de corrupción tiende, por su propia naturaleza, a comportar un desprecio por los demás hombres de la comunidad, pues siendo claro que en el acto de corrupción tanto el corrupto como el corruptor buscan su propio beneficio, o el de un tercero; entonces esto lo hacen a costa de los derechos de los demás, actitud que es suficientemente indicativa del rechazo que se hace a los otros, al punto que su suerte no le importa al corrupto, sino únicamente el beneficio que obtiene con el acto de vandalismo que realiza, en relación con los derechos de los demás.

“En este orden de ideas, quién habría de desconocer que la corrupción al interior de un hospital no atenta contra la salud o la vida de los ciudadanos, o que la corrupción en un centro educativo no atenta contra la educación, o que la corrupción en un centro penitenciario no afecta la dignidad de los presos, o que el robo en los contratos atenta contra la estabilidad económica del país y su capacidad para asumir tareas y prestar servicios esenciales de los habitantes de un Estado? ¡Nadie!

“- *La corrupción genera exclusión.* Lo anterior ayuda a entender que la corrupción también genera exclusión de los ciudadanos que no participan de ella, pues quien no lo practica no accede a determinados bienes o servicios, que se entregan a quienes se los reparten en forma irregular -puestos de trabajo, ayudas económicas, cupos de vivienda, de estudio-. Ante esta situación los ciudadanos honestos se ven privados de muchos derechos y por tanto excluidos de

determinadas esferas de lo público, y aún de lo privado, a la vez que son separados de los lugares en los cuales se debería asegurar la posibilidad de que ellos también pudieran participar.

“Esta situación termina generando violencia, porque los excluidos tienen ocasión, e incluso razón, para reclamar, por la fuerza y el terror, lo que por el derecho y la moral pública debió estar a su alcance. Esta violencia que instaura la corrupción no sólo se expresa en términos armados, sino también en medios menos violentos, pero al fin y al cabo desestabilizadores de la paz y la convivencia, como por ejemplo la desidia, la apatía y la discordia permanente entre los hombres.

“- *La corrupción conduce al subdesarrollo.* Es apenas evidente que cuando los funcionarios públicos y los ciudadanos de un Estado viven entre los intersticios que dejan las normas, entre los negocios prohibidos y en medio de la ilegalidad, el impacto sobre las posibilidades de desarrollo es enorme, tanto así que la reducción de los recursos públicos, producto de los actos de corrupción sobre el erario, puede desestabilizar la economía de un país, tanto que muchos han entrado en crisis a causa del despilfarro y el robo -fundamentalmente en la contratación estatal-.

“- *La corrupción destruye el sustrato moral de una sociedad política.* La pérdida de los valores también es una consecuencia lógica del incremento de los actos de corrupción, tanto que en ocasiones el parámetro moral cambia: lo que antes era incorrecto deja de serlo, porque los hombres se acostumbran a vivir entre el fango y dejan de percibirlo como desagradable.

“- *La corrupción atenta contra la legitimidad del poder.* Un Estado afectado por la corrupción es un espacio político donde las personas dudan de lo que en nombre de él se hace. Se sospecha de la bondad de las leyes, de los actos del Gobierno, de la justicia de los fallos de los jueces, de la intencionalidad expresada por los funcionarios públicos en todas las decisiones que toman. En este contexto todo está dispuesto para que cualquier persona asuma el poder por su propia mano, pues se duda de la acción de todo el aparato estatal y se pierde la credibilidad en lo que representa al poder público.

“Teniendo en cuenta lo anterior, es decir, este múltiple impacto negativo sobre las bases mismas de un Estado y todos sus componentes, hay que asumir la defensa

contra tan grave mal de la sociedad moderna -desarrollada y subdesarrollada-, exigiendo respuestas adecuadas por parte del propio Estado, encargado, en nombre de la eticidad, de sostener los principios morales sobre los cuales se sustenta el poder público constituido por la asociación de hombres.

“Asumir la defensa contra la corrupción es lo mismo que apropiarse de la reconstrucción nacional en términos éticos, a la vez que responde a la política mundial de defensa contra la misma, tarea a la que están entregados la mayor parte de los países del mundo, incluidos los desarrollados. Se trata pues de una de las causas de los mayores males que aqueja al mundo moderno.

“Lo anterior sintetiza la importancia de que el Estado, y sus funcionarios, actúen éticamente, pues no cabe duda que las acciones incorrectas causan desolación en la vida institucional y social, propiciando la perversión del sistema, por falta de credibilidad en la corrección de las acciones públicas, destruyéndose, de contera, la confianza que debería existir entre quienes se asocian para buscar la felicidad y la tranquilidad, a través de las instituciones públicas.

“**2.3.6. Aspectos en los que se materializa la moralidad administrativa.** Aunque de manera general la filosofía política ha explicado las bondades de la existencia de una moral pública, en los términos antes analizados, es preciso concretar, en términos de la moral administrativa, a qué se refiere la Constitución Política de 1991 con este concepto y cuál es su contenido más probable.

“**2.3.6.1. Moralidad y legalidad. Criterio riguroso de moral administrativa.** La jurisprudencia de esta Sección ha sostenido, en múltiples fallos que reiteran la misma posición, que la moralidad administrativa guarda una estrecha relación con la legalidad concreta, es decir, que se atenta contra ella si se viola, a su vez, la ley o el ordenamiento jurídico en general.

“No obstante, también se tiene dicho, a manera de precisión, que no toda violación al ordenamiento jurídico implica la vulneración de la moralidad administrativa, porque no siempre las normas involucran un principio o deber moral en su interior. En este sentido ha dicho la Sala:

“En sentencia de noviembre de 2004, que:

“La violación del derecho a la moralidad administrativa implica siempre la vulneración por parte de los servidores públicos de la Constitución o la ley, o la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (art. 6 Constitución Política), pero no siempre la vulneración del principio de legalidad implica la violación de la moralidad administrativa, pues para que tal consecuencia se produzca es necesario, además, que la decisión u omisión cuestionada se hayan realizado con desviación de poder, o con un interés ajeno al que debe inspirar el acto.

En el *sub examine*, se echan de menos esos requisitos. No puede concluirse que por la sola omisión en la transferencia de recursos de una entidad estatal a otra de la misma naturaleza, se afecte la moralidad administrativa, pues, tal como se indicó con anterioridad, el desconocimiento de ese derecho se presenta cuando la actuación de la administración se encuentra desligada de los fines y principios que regulan la administración, y obedece a finalidades de carácter particular con el objeto de favorecer intereses propios o de terceros con claro desconocimiento de los principios de la administración.

No puede olvidarse que la administración además de cumplir con las obligaciones que le impone el ordenamiento legal también debe tener en cuenta la conveniencia en el cumplimiento de sus obligaciones. Así, la conducta pudo estar fundada en criterios válidos en algún momento para la administración, como por ejemplo la falta de claridad en el precepto legal, lo que impedía contar con la certeza necesaria para cumplir con la norma.

Correspondía a los actores demostrar, además de la omisión, la presencia de elementos de carácter subjetivo contrarios a los fines y principios de la administración, esto es: conductas amañadas, irregulares o corruptas que favorecen el interés particular a costa de ignorar los fines y principios de la recta administración. Esa prueba se echa de menos.”¹⁴²

“En ese mismo sentido, en sentencia de junio de 2005:

“La moral administrativa consiste en la justificación de la conducta de quien ejerce función pública, frente a la colectividad, no con fundamento en una óptica individual y subjetiva que inspire al juez en cada caso particular y concreto, sino en la norma jurídica determinadora de los procedimientos y trámites que debe seguir éste en el cumplimiento de la función pública que le ha sido encomendada.

Por contera la vulneración a la moral administrativa no se colige de la apreciación individual y subjetiva del juez en relación con la conducta de quien ejerce función pública; tal inferencia, como lo ha concluido la Sala surge cuando se advierte la inobservancia grosera, arbitraria y alejada de todo fundamento legal, de las normas a las cuales debe atenerse el administrador en el cumplimiento de la función pública. Cabe agregar que la sola desatención de los trámites, procedimientos y reglamentos establecidos normativamente para el ejercicio de la función

¹⁴² Sentencia de 4 de noviembre de 2004. Exp. AP-2305.

pública, en que el encargado de la misma incurra, no lleva a concluir automáticamente y sin fórmula de juicio, la vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa; es necesario además, que de la conducta transgresora del ordenamiento establecido pueda predicarse antijuridicidad, entendido este elemento como la intención manifiesta del funcionario de vulnerar los deberes que debe observar en los procedimientos a su cargo.

Así, se concluye que la moralidad administrativa está inescindiblemente vinculada al cumplimiento de las funciones que se establecen en la norma para el ejercicio de un cargo, porque es en el ordenamiento jurídico donde la actuación del encargado de la función pública encuentra su justificación frente a la colectividad y por ende está estrechamente relacionada con el principio de legalidad, cuya vulneración puede darse por extralimitación o por omisión de las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones (artículo 6 de la C.N.), comprometiendo la responsabilidad del agente causante de la vulneración, no sólo frente al Estado y los directamente afectados en un derecho subjetivo amparado en una norma, sino frente a la colectividad interesada en que se mantenga la moralidad administrativa, derecho cuyo disfrute no corresponde a un titular determinado y concreto sino a toda la comunidad.”¹⁴³

“Y en agosto del mismo año se dijo que:

“En efecto, la moralidad administrativa, se refiere al ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, determinadas por la satisfacción del interés general y no por intereses privados y particulares, sin que cualquier vulneración al ordenamiento jurídico, en el ejercicio de tal función, lleve consigo de manera automática, vulneración a la moralidad administrativa, por cuanto, no toda violación al principio de legalidad, lleva consigo necesariamente violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Es menester escindir la violación al principio de legalidad cuya protección es ajena a la acción popular y propia de las acciones ordinarias, de la vulneración a la moralidad administrativa, esta si pasible de protección a través de este mecanismo procesal.

Con este propósito es importante precisar que en veces la violación al principio de legalidad, que se traduce en el no acatamiento de la normatividad en el ejercicio de la función administrativa, puede conducir a concluir también la vulneración a la moralidad administrativa, porque a la ilegalidad de la actuación se une la conducta antijurídica de quien la ejerce, en tanto actúa no con el ánimo de satisfacer el interés general, sino con el claro propósito de atender intereses personales y particulares, esto es, se vale de la función que ejerce como servidor del Estado, en provecho propio.

Pero no siempre la ilegalidad conduce a la vulneración a la moralidad administrativa y corresponde al accionante en la acción popular la carga procesal de precisar el aspecto en el cual radica la trasgresión a este

¹⁴³ Sentencia de 2 de junio de 2005. Exp. AP-720.

principio, endilgando acusaciones propias de su vulneración y no solo de ilegalidad.

Igualmente al juez de la acción popular le corresponde superar los límites de la revisión de ilegalidad de la actuación con la que según la demanda se vulnera la moralidad administrativa, para extender su análisis a las motivaciones que llevaron al funcionario a ejecutar la actuación.”¹⁴⁴

“Esta posición refleja, perfectamente, la estrecha relación que existe entre legalidad y moralidad, justificada para proteger a los individuos de la tiranía de los valores, es decir, del riesgo que se corre de que cualquier juez diga, en cada caso concreto, qué es lo moral y lo inmoral, al margen de las normas positivas, sorprendiendo, por tanto, a las personas involucradas en la toma de una decisión pública.

“2.3.6.2. *La moralidad también se afecta cuando se vulneran los principios generales del derecho. Criterio ampliado de moral administrativa.* La anterior posición fue recientemente flexibilizada por esta Sala, avanzando un poco más en la protección del derecho colectivo, abriendo el concepto de moralidad, para relacionarlo, ahora, con la violación a los “principios generales del derecho”.

“De esta manera, la legalidad pura y simple deja de ser el comienzo y el fin de la moralidad administrativa, el lugar en el cual se recoge en forma completa, para convertirse en uno de los espacios a través de los cuales se expresa la moralidad.

“Los principios se convierten en uno de los criterios de control de la protección de la moralidad, de manera que se pasa de observar si un mandato concreto ha sido violado por una acción u omisión de una entidad estatal, o de un particular en ejercicio de una función pública, para apreciar si un principio se ha desconocido, y con él se viola, a su vez, la moralidad administrativa. Esta posición se insinuó, en los siguientes términos, en la sentencia de junio de 2001 -exp. AP 166 de 2001-. Dijo en esa ocasión esta Sección que:

‘(...) en otra oportunidad¹⁴⁵, la Sala tocó el tema del derecho colectivo a la moralidad administrativa. Reconoció que se trata de

¹⁴⁴ Sentencia del 24 de agosto de 2005. Exp. AP- 00601.

¹⁴⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia proferida el 16 de febrero de 2001 exp. AP 170.

un principio constitucional que debía ser aplicado como consecuencia del alcance cualitativo del Estado Social de derecho, que impone otra manera de interpretar el derecho disminuyendo la importancia sacramental del texto legal¹⁴⁶, pues el 'Estado de Derecho es... bastante más que un mecanismo formal resuelto en una simple legalidad; es una inequívoca proclamación de valores supraleales y de su valor vinculante directo¹⁴⁷.

'De allí que es tarea del juez garantizar la vinculación directa de la función administrativa al valor de los principios generales proclamados por la Constitución, aunque eso le cueste, como ya lo ha reconocido la jurisprudencia de esta corporación, hacerse cargo de la difícil tarea de aplicar directamente tales principios, cuyo contenido, por esencia, es imposible de definir a priori, pues de hacerlo se corre el riesgo de quedarse en un nivel tan general, que cada persona puede extraer significados distintos y llegar a soluciones diversas¹⁴⁸' .

“En esta misma línea doctrinaria dijo recientemente la Sala -sentencia de febrero 21 de 2007, exp. AP-0355-, aplicando los principios generales del derecho al caso concreto, que:

“3.1.3 El actor también acusó al Ministerio de haberse apartado de los principios constitucionales y legales que orientan la función pública, y también de los principios consagrados en la ley 100 de 1993, para garantizar el servicio público esencial de la salud, al no dar celeridad al pago de los recursos de la salud, apoyado en consideraciones de orden formal o simples trámites burocráticos administrativos, que han llevado a la acumulación de solicitudes y entorpecen el flujo del recursos de la seguridad social.

“Respecto a esta censura, se considera que dentro del ejercicio de la función pública, las autoridades deben obedecer al marco de legalidad, pues éste es uno de los principios del Estado Social de Derecho y fundamento rector del ejercicio de la actividad administrativa, y lo cierto es que las exigencias para las reclamaciones de recobro están previstas en reglamentaciones normativas, que definen y delimitan la actuación de quien ejerce esa función estatal.

“No obstante lo anterior, para la Sala el retardo mismo en tramitar los reclamos y pagar las cuentas, no así lo requisitos exigidos para admitirlas, afecta la moralidad administrativa, porque la desarticulación de este componente de la seguridad social atenta contra los principios y valores que inspiran la prestación del servicio,

¹⁴⁶ Ver, entre otras, Corte Constitucional T 406 de 1992.

¹⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho. Editorial Civitas S.A. Madrid 1986. P 170.

¹⁴⁸ LARENZ , Karl. Derecho Justo, fundamentos de ética jurídica. Editorial Civitas. Madrid 1993. P 37.

como los de eficacia, universalidad y unidad, definidos en el art. 2 de la ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

‘a. EFICIENCIA. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;

‘b. UNIVERSALIDAD. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida; (...)

‘e. UNIDAD. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social, y’

“El incumplimiento de los plazos previstos en la regulación, en forma por demás severa, según se vio en el análisis probatorio, afecta estos principios rectores del funcionamiento de la seguridad social, y no se puede permitir que se perpetúe ese estado de cosas, contrario a los derechos colectivos, sin que se adopten medidas radicales para resolver los problemas que afectan a la comunidad completa.

“Esta decisión se adopta no obstante que el Estado ha tomado medidas para tratar de superar los problemas analizado, pero es claro que no han sido suficientes ni óptimas para resolver todas las dificultades.

“Por las anteriores razones la Sala encuentra acreditada la violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa.”

“En la misma perspectiva anotada, dijo la Sección, el mismo 21 de febrero de 2007 -exp. AP. 549-, que:

“La moralidad administrativa, en cuanto principio constitucional y legal que orienta la función administrativa, hace parte de la ‘legalidad’ que esta debe observar, pero de manera alguna esto significa que se manifieste únicamente a través de reglas y límites para el ejercicio de esta función, pues como se observó detenta un valor normativo de manera autónoma a más de manifestarse también como expectativa de la comunidad. No pueden confundirse entonces los principios de legalidad y moralidad administrativa, aunque existe una estrecha relación entre ellos.

“Puede decirse entonces que es viable constatar una violación al derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa simplemente con la verificación del quebrantamiento de una norma legal que la desarrolle de manera directa e inequívoca como principio; sin embargo, en las más de las veces no ocurre así, pues aunque exista (y debe existir) una norma como referente, se hace necesario un desarrollo interpretativo y argumentativo del juez en cada caso, capaz de demostrar la efectiva violación o amenaza al derecho o interés colectivo a partir del análisis de la relación entre la moralidad administrativa entendida como principio y esta.

“Estas decisiones respaldan y sustentan la ampliación de la precomprensión del concepto de moral administrativa, y marcan la línea doctrinaria de la jurisprudencia para su futura consolidación conceptual.

“2.3.6.3. La moral administrativa más allá de la legalidad pura y simple. Criterio extenso de moral pública. Si bien el anterior criterio hace evidente el esfuerzo por abrir más el concepto de moral administrativa, para abarcar toda la riqueza conceptual que contiene, en todo caso subsiste la necesidad de penetrar más su alcance, hasta comprender, plenamente, los contornos a que debe llegar la protección a este derecho.

“En este sentido, no se desconoce que una de las más importantes técnicas de identificación del contenido concreto de la moral administrativa, pero también la más simple y sencilla, es la verificación de la observancia de las normas jurídicas, portadoras, en muchas ocasiones, de valores morales. Sin embargo, este derecho colectivo no lo puede reducir el juez a esta condición, so pena de comprimir su riqueza material.

“Esta postura, además, es excesivamente formalista, y carece de sentido lógico ante la abundancia moral de la acción humana y de la actividad pública, así persiga un fin bueno: garantizar la seguridad jurídica, evitando “sorpresas” para la administración pública, por parte de los jueces, quienes en un momento dado podrían considerar que moral es algo al margen de la norma positiva. No obstante, este criterio esconde un sacrificio excesivo al derecho colectivo a la moral administrativa, por varias razones:

“En primer lugar, es equivocado asociar, inescindiblemente, legalidad y moralidad -y a la inversa-, porque la ética queda reducida a la ley; cuando el derecho ha superado, hace bastante tiempo, ese atavismo jurídico, pues no toda moral está contenida en la norma, del mismo modo que tampoco toda ley contiene un concepto moral.

“Razonar de este manera habría impedido que los derechos fundamentales, como por ejemplo el de la igualdad, sean lo que hoy son: una indagación axiológico-normativa sobre la relación de trato, de carácter material, que se verifica en la norma y también en el caso concreto. Si la Corte Constitucional hubiera procedido

de manera diferente habría dicho que la igualdad es lo que la ley diga, en lugar de hacer un juicio de ponderación sobre la circunstancias concretas del caso, para verificar la igualdad de trato.

“En este sentido, habría supuesto que el legislador hizo una ponderación de la igualdad, la cual el juez no podría revisar, so pena de sorprender a la administración que aplica la norma. Con esta forma de razonar y asumir los problemas jurídicos complejos, que involucran la axiología y el derecho, al Estado no se le podría cuestionar la valoración que hace en torno a la igualdad; y del juez se diría que lo pondría en riesgo, sorprendiéndolo con el análisis que hiciera, eventualmente distinto al de la entidad que se controla.

“En parte, el inadecuado entendimiento tiene que ver con el hecho de que si la moral fuera la ley misma, entonces el derecho colectivo no sería el de la “moralidad administrativa” sino el de la “legalidad administrativa”. Pero las cosas no pueden ser de ese modo, pues este argumento esconde la supresión de este derecho colectivo, al reducirlo al principio de legalidad rígido, en cuyo caso brilla sólo la legalidad, que tan sólo recoge expresiones morales concretas. Para la Sala no cabe duda que se trata de dos principios jurídicos diferentes, y que so pretexto de evitar el eventual desafuero de los jueces no se puede reducir, siempre, la moral al derecho positivo.

“De hecho, si se confundiera la legalidad con la moralidad, la protección de ésta equivaldría a un juicio legal, luego la Constitución no habría agregado valor al ordenamiento jurídico cuando creó el derecho colectivo, pues no sería otra cosa que la misma normatividad, pero reformulada en términos de axiología.

“Entre las alternativas posibles de control de la moralidad puede el juez verificar tanto los “fines” de la acción administrativa, como los “medios” empleados para obtenerlos, pudiendo ocurrir que alguno de ellos no tenga prescrito en la ley un modo de acción concreto, no obstante lo cual el mecanismo de actuación empleado podría resultar inmoral.

“Estas dos técnicas de control a la moralidad dan cuenta de la amplia posibilidad protectora que tiene el juez para reconducir las acciones administrativas hacia los más correctos modos de obrar. Estas posibilidades requieren, no obstante, ingentes esfuerzos judiciales de comprensión y asimilación del problema, que sólo

es posible lograr a través de las acciones populares, no a través de las acciones convencionales que protegen la legalidad pura.

“En este orden de ideas, el juez debe verificar si el fin empleado es aceptable, y si los medios para alcanzarlos lo son igualmente. De este modo, puede ocurrir que un fin público inaceptable se realice por medios aceptables, o que un fin público aceptable se lleve a cabo por medios inadmisibles, desde el punto de vista moral. Todos estos aspectos de la acción requieren de un control, y bastaría con que un elemento de la cadena de la realización de las acciones administrativas se rompa, para que la protección, a través de la acción popular, deba actuar.

“En ocasiones, la manera de medir estas conductas puede hacerse por intermediación del derecho puro; en otras por medio de la moral pura; otras veces en forma combinada, dando lugar a un amplio espectro de colaboración entre el derecho y la moral, en sus distintas facetas.

“De esta manera, deberá ocurrir que la trampa, la astucia, el engaño político, la mentira, el desorden y otras formas de acción u omisión de tinte inmoral, que no siempre dan al traste con la legalidad material o formal de una actuación estatal, deben reconducirse a través de las acciones populares. En este sentido, el mal comportamiento bien puede afectar la moral, sin afectar la legalidad, debiendo el juez popular corregir el comportamiento moral del Estado y sus funcionarios¹⁴⁹. Entre otras cosas, porque no puede creerse que siempre el acto controlado por medio de la acción popular es un contrato o un acto administrativo -susceptibles de confrontarse contra las normas positivas-, pues es claro que las puras actuaciones materiales también pueden amenazar o violar la moral administrativa.

“El análisis racional, los principios jurídicos y los valores señalan a la administración lo que es correcto e incorrecto, de la manera aceptada por la sociedad, para lo cual el juez deberá verificar ese comportamiento, hasta determinar si vulnera la moralidad administrativa, sin temor a que esta actitud produzca un desorden social en los valores; por el contrario, debe afianzarlos y asegurarlos.

¹⁴⁹ Tal es el caso en el cual una entidad pública no respete el derecho de turno en la atención de asuntos o personas a su cargo, y que lo alterara su arbitrio. Si no hubiera norma que regulara el tema -hoy en día algunas tratan el asunto, a propósito de aspectos concretos- el positivismo diría que no se afecta la moralidad pública; pero desde la perspectiva ética no cabría duda que este tipo de comportamiento requieren corrección, desde la óptica social, pues tal estado de cosas atentan contra el debido comportamiento que se debe ofrecer a los ciudadanos.

“Desde este punto de vista, no se puede confundir el reto que tiene el juez de hacer efectivo y real el derecho colectivo a la moral administrativa, a través de canales distintos al típico control de legalidad; con la dificultad que existe de controlar la moral pública. Construir una moral aplicada, al lado del derecho y al rededor de éste, es la tarea que se debe acometer para hacer efectiva la Constitución, y contribuir al desarrollo y sublimación de la moral pública, cada vez más perfecta y elevada. El juez de la acción popular, por tanto, debe pasar de buscar en las actuaciones administrativas simples “vicios legales”, a buscar también “vicios morales”, ambos con la misma capacidad destructora del ordenamiento jurídico.

“Esta situación refleja, de mejor manera, que el juez de la acción popular está invitado -incluso obligado-, por la Constitución y el legislador, a realizar un juicio moral sobre las acciones públicas, sin que deba sentir temor a adentrarse en terrenos movedizos, pues desde 1991 la moralidad administrativa adquirió el rango de derecho, ya no sólo de principio abstracto, y de su mano se debe hacer una nueva lectura de las actuaciones públicas, ya no sólo la de la legalidad, sino también la de la moralidad¹⁵⁰.

¹⁵⁰ JERZY WRÓBLEWSKI señala que “Una decisión de interpretación será necesaria si en opinión del órgano de decisión, el significado del texto legal que quiere utilizar no es lo bastante claro para disponer sobre el caso en cuestión. Entonces tenemos que acudir a una interpretación operativa. En otro caso se dará una situación de isomorfía entre la norma y los hechos del caso y *clara non sunt interpretanda*.

“Un margen en la interpretación estará presente siempre que se interprete el texto legal, dado el papel de las valoraciones en ese tipo de actividad. Se evalúa si el texto es o no claro, se escogen directivas de interpretación y las formas de aplicar aquellas. Hoy día no se cuestiona por ninguna teoría ni ideología de la interpretación jurídica la existencia de este tipo de margen, que está conectada con los rasgos del lenguaje normativo.

“Entre los márgenes en la interpretación pueden incluirse también aquellos que resultan del uso de cláusulas o referencias generales a reglas y valoraciones extra-sistemáticas, como las reglas de equidad, de moralidad, los principios de co-existencia social etc. En tales situaciones el órgano de decisión dispone sólo de una indicación general del tipo de reglas y valoraciones que debe utilizar para determinar el significado de la norma. La referida determinación, se abre, por supuesto, a algunos márgenes de apreciación.” (Sentido y hecho del derecho. Ed. Fontamara. México. 2003. pág. 317)

En ese mismo sentido Sergio Iván ESTRADA VÉLEZ, manifestó: “En la actualidad, se reconoce la existencia de un material axiológico compuesto de principios y valores como concreción de una moralidad pública o sentir de la sociedad, de sus necesidades o requerimientos, del cual deriva su validez la norma positiva, de tal forma que ‘el enjuiciamiento de la validez de las normas no se atenderá ya al criterio jerárquico únicamente, sino que este habrá de completarse con el criterio de las relaciones entre los contenidos normativos.’ ” (La excepción de principalidad. Ed. Temis. Bogotá. 2000. pág. 8)

“En síntesis, hoy en día es posible desentrañar la moral administrativa en varios lugares, unos más comunes que otros, unos más complejos que otros, unos más grandes que otros: i) al interior de la norma positiva -la Constitución, la ley, los reglamentos, y en general o cualquier norma del ordenamiento jurídico que desarrolle un precepto moral-; lugar en el cual, comúnmente, buscan los abogados la moralidad pública; ii) en los principios generales del derecho y en los concretos de una materia, los cuales mandan, desde una norma, actuar de un modo determinado, aunque menos concreto que el común de las normas positivas. Esta fuente de la moralidad administrativa es menos precisa, pero no por ello menos concreta en sus mandatos. Admite, por esta misma circunstancia, un alto nivel de valoración, pero sin tolerar el capricho¹⁵¹. Finalmente, iii) la moral administrativa también se halla por fuera de las normas, pero dentro del comportamiento que la sociedad califica como correcto y bueno para las instituciones públicas y sus funcionarios, en relación con la administración del Estado. Esta fuente de la moral administrativa exige del juez mayor actividad judicial, pero con ayuda de la razón y del sentido común ético puede calificar los distintos comportamientos administrativos a la luz de la moral exigible de quien administra la cosa pública. Este lugar, más abstracto aún que el anterior, exige una ponderación superior, en manos del juez, de la conducta administrativa, a la luz de la ética pública.”

3. El pago del incentivo.

En cuanto a la figura del incentivo en las acciones populares, regulada en los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998¹⁵², la sentencia negó las pretensiones del

¹⁵¹ El Profesor Hernán Valencia Restrepo, en *Nomoárquica, Prinsipialística jurídica o Filosofía y Ciencia de los Principios Generales del Derecho*, propone, con rigor científico, que los principios generales cumplen tres funciones en el derecho: Función creativa, función interpretativa y función integrativa -págs. 67 a 124-. Además de explicar el sentido de cada una de estas funciones, expone, magistralmente, la manera como cada una de ellas se desenvuelve en el “caso concreto”. También señala que, con su ayuda, “... el derecho es, se hace o se conoce.” (pág. 69) (Ed. Comlibros. Cuarta edición. Medellín. 2007)

¹⁵² Los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, prescriben en su orden:

“Artículo 39. INCENTIVOS. El demandante en una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales.

“Cuando el actor sea una entidad pública, el incentivo se destinará al Fondo de Defensa de Intereses Colectivos.”

accionante relacionadas con su pago, fundamentada en la sentencia C-459 de 2001, de la Corte Constitucional, la cual señala que los responsables del mismo son las personas naturales que directamente atentaron o vulneraron los derechos colectivos. En tal sentido, expresa la providencia de la cual me aparto que:

“En lo que atañe al pago del incentivo, es importante advertir que de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional en la providencia que revisó esta materia, **el incentivo debe correr a cargo de las personas naturales que atentaron o vulneraron el derecho o interés colectivo** y no por cuenta de la entidad estatal afectada (...) (fl. 945)

“En este caso, los demandantes no se ocuparon de indicar desde el comienzo del proceso las personas -que a su juicio- debían haberse vinculado, por haber desplegado las conductas vulnerantes denunciadas. Ahora, si bien fue vinculada la contratista a este proceso, la verdad de las pruebas recaudadas no deduce comportamiento por acción y omisión de su parte en orden a afectar el patrimonio público, en la ejecución de una cláusula contractual que atañe exclusivamente a la entidad contratista.” (Negrillas fuera de texto)

Quiero aclarar mi voto frente a la determinación adoptada, por dos razones:

En *primer lugar*, porque atenta contra la lógica constitucional de la responsabilidad del Estado, conforme a la cual ésta no debe ser personal del agente -por lo menos frente al dañado-, sino institucional, de manera que la entidad es quien debe responder ante los afectados por los actos de sus funcionarios.

“Artículo 40. INCENTIVO ECONOMICO EN ACCIONES POPULARES SOBRE MORAL ADMINISTRATIVA. En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular.

“Para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso.

“Para hacer viable esta acción, en materia probatoria los ciudadanos tendrán derecho a solicitar y obtener se les expida copia auténtica de los documentos referidos a la contratación, en cualquier momento. No habrá reserva sobre tales documentos.”

Además, el hecho de negar el incentivo, por no haberse vinculado al proceso a las personas naturales que directamente atentaron o vulneraron los derechos colectivos, desconoce la cláusula general de responsabilidad del Estado, consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política¹⁵³.

De igual forma, de aceptar que el responsable de pagar el incentivo es directamente la persona que incurrió en la conducta atentatoria del derecho colectivo -el funcionario público, en este caso-, y no la entidad pública, representa un retroceso jurídico en materia de daños, pues esta era la premisa de la responsabilidad en los tiempos de la Revolución Francesa, la cual se encontraba fundada en una filosofía que exponía los principios de la teoría de responsabilidad del Estado, pero través de sus agentes.

Por el contrario, la nueva cláusula general de responsabilidad, establecida en la Constitución Política, es clara al prescribir que será el Estado, a través de sus entidades, quien responde patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, y que hubieren sido causados por sus funcionarios.

De allí que en este aspecto no podemos afirmar, como antaño -sólo que a propósito de la típica responsabilidad extracontractual-, que el Estado no causa daños; pues son los funcionarios quienes obran mal, de manera que si alguna responsabilidad se investiga debe indagarse a sus empleados, pues no se

¹⁵³ Dispone la Constitución Política, en el artículo 90 que:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

“En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”

vincularon al servicio para que obraran mal, sino para que cumplieran las leyes y los reglamentos que los rigen.

De esta manera, tampoco se puede admitir, como parece hacerlo la Sala -espero que esta idea no se convierta en una postura interna- que tratándose de los derechos colectivos el Estado no los amenaza ni los viola, sino que todo es imputable a sus malos funcionarios. De hecho, lo que no puede estar en duda es que el Estado también los viola, y que por alguna razón es un posible sujeto pasivo de la acción popular, de modo que si gracias a un actor popular se logra protegerlos, entonces es el Estado quien debe pagar el incentivo, pues resulta extraño -por decir lo menos- que una sentencia -como la que sirve de fundamento para aclarar mi voto- declare la responsabilidad del Estado por su violación, pero que el pago del incentivo quede a cargo, exclusivamente, del funcionario y no del órgano comprometido con dicha vulneración o amenaza.

Desde este punto de vista, encuentro que el artículo 90 CP también sirve de fundamento normativo para explicar la naturaleza de la responsabilidad del Estado por la violación de los derechos colectivos -al igual que de la responsabilidad contractual y extracontractual-, pues los daños que se causen -que no necesariamente tienen que ser morales y materiales- pueden provenir de la vulneración de esta categoría de derechos.

Por tanto, en el caso que nos ocupa, la pretensión sobre el incentivo debió proceder, siendo la entidad condenada la responsable de su pago.

Ahora bien, esto no implica que el funcionario sea irresponsable por sus actos; pues es perfectamente posible que, según lo prescrito por el artículo 90 CP, una vez se condena a la entidad a pagar el incentivo, esta deberá, en ejercicio de la

acción de repetición, iniciar el proceso judicial correspondiente en contra de quien realizó la conducta generadora de la condena.

En *segundo lugar*, también considero que el fundamento jurisprudencial que sirvió de apoyo para negar al actor su incentivo no hace parte de la *ratio decidendi* de la sentencia que se pronunció sobre la exequibilidad de la figura, sino que, por el contrario, se trata de un *obiter dicta*, en razón a que el aspecto relacionado con el responsable de su pago no fue determinante para que el Juez de la Constitución adoptara su decisión¹⁵⁴.

En efecto, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-459 de 2004, declaró la exequibilidad del incentivo en las acciones populares. En esa ocasión fueron demandados los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 2004. La providencia analizó la figura bajo los postulados del principio constitucional de solidaridad, manteniendo una mirada constante hacia las acciones populares, pero enfocada, siempre, hacia la determinación de la exequibilidad del incentivo, pues este fue el objeto de la demanda. Al respecto expresó la Corte:

“El artículo 39 de la ley 472 de 1998 establece un incentivo a favor del demandante triunfante en una acción popular, cuyo monto debe ser fijado por el juez dentro de un rango que oscila entre los diez (10) y los ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales. Por lo tanto, se trata de un incentivo que no queda atado a la mera discrecionalidad del juez, toda vez que dentro de los topes fijados, en cada proceso él debe ponderar tanto la trascendencia que la sentencia a dictar puede tener en torno a los derechos e intereses colectivos reivindicados efectivamente, como la mayor o menor diligencia desplegada por el actor durante todo el proceso. A lo cual concurre eficientemente el acervo probatorio debidamente valorado por el juez. (...)”

¹⁵⁴ En cuanto a las figuras jurídicas de la *ratio decidendi* y la *obiter dicta*, ha dicho la Corte Constitucional -entre otras, en la sentencia SU-1219 de 2001-, que “La jurisprudencia ha distinguido entre *obiter dicta* y *ratio decidendi*, para sostener que el carácter vinculante se refiere a esta última y no a la primera. La *ratio decidendi* abarca el criterio jurídico determinante así como las razones inescindiblemente relacionadas con el *decisum* y sin las cuales la decisión del caso no sería comprensible o carecería de fundamento. El *obiter dicta*, lo que se dice de paso, carece del carácter vinculante de la *ratio decidendi*”

“Bajo este esquema conceptual las acciones populares combinan el deber de solidaridad que a todas las personas les atañe, con la potestad del Estado para inducir, promocionar, patrocinar, premiar y, en general, estimular el ejercicio de tales acciones en orden a la materialización y preservación de determinados bienes jurídicos de especial connotación social. Lo cual encuentra arraigo constitucional en el hecho de que nuestra Carta Política no prohija un modelo ético único, pues, según se vio, la pluralidad de pensamiento y el respeto a la diferencia campean cual coordenadas rectoras de las instituciones del Estado y de las relaciones entre los particulares y las autoridades públicas. Es decir, respetando el pensamiento que cada cual pueda tener sobre la forma de hacer efectivo su deber de solidaridad, el Congreso prevé un estímulo que resulta válido frente a la efectiva defensa de los derechos e intereses colectivos, el cual resulta proporcionado al tenor de los topes limitativos del monto del incentivo a decretar judicialmente. De suerte tal que, a tiempo que el demandante reporta un beneficio para sí, la sociedad misma se siente retribuida con la efectiva reivindicación de sus derechos e intereses colectivos.

“El esquema de incentivar con estímulos económicos la colaboración de los ciudadanos con la justicia no es rara y su aplicación más relevante se encuentra en el derecho penal.

“El incentivo económico es una manera de compensar la carga que asume el demandante, pues de no existir sería una carga desproporcionada para quien inicia la acción.”

También se señaló que:

“La Corte se pregunta ahora: ¿quién debe pagar el monto del incentivo decretado por el juez de la acción popular, tanto el del artículo 39, como del 40 de la ley 472 de 1998.

“Sin lugar a dudas este monto debe pagarlo la persona que atentó o vulneró el correspondiente derecho o interés colectivo, pues, no sería lógico ni jurídico que en la perspectiva de proteger derechos e intereses vinculados al cumplimiento de las tareas estatales, sea el mismo Estado quien deba soportar una erogación con ocasión de un proceso en el que se demostró la responsabilidad de un tercero. Es apenas obvio que cada cual debe responder por los efectos nocivos de su propia conducta, lo cual, a más de ser justo y necesario, resulta ampliamente pedagógico en la esfera de las políticas preventivas del Estado sobre derechos e intereses colectivos. Por consiguiente, el monto total del incentivo determinado por el juez debe pagarlo la persona que atentó o vulneró el correspondiente derecho o interés colectivo. Lo que a su vez guarda consonancia con lo afirmado por esta Corporación en sentencia C-088 de 2000”¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-459 de 2004. M. P. Jaime Araujo Rentarías.

Lo anterior sirvió de fundamento para que la Sala negara al actor el pago del incentivo, pero se observa que el tema concerniente al responsable del mismo no constituyó el fundamento de la decisión de exequibilidad, sino que se trata de una apreciación colateral que hizo la Corte frente a uno de los tantos temas relacionados con el incentivo.

En estos términos dejo sustentada mi aclaración de voto.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

ACLARACION DE VOTO DEL DR. MAURICIO FAJARDO GOMEZ

RECONOCIMIENTO DE INCENTIVOS - A favor de la parte actora

Estimo necesario explicar las razones por las cuales no compartí, en modo alguno, la conclusión a la cual arribó la Sala en punto a la negativa a reconocer el incentivo al cual, a mi juicio, tenía derecho la entidad demandante. Oportuno resulta rememorar las razones que la Sala invocó para efectos de fundamentar la decisión consistente en negar el incentivo que, de acuerdo con la Ley 472, debía reconocerse a favor de la parte actora en cuanto prosperaron las súplicas de la demanda y fue, precisamente, por la actuación que desplegó la misma que finalmente se obtuvo el pronunciamiento judicial encaminado a proteger y garantizar, de manera efectiva, los derechos colectivos que, de otra manera, habrían continuado siendo vulnerados o amenazados. Resulta evidente que las apreciaciones que en su fallo hizo la Corte Constitucional acerca de quién debe pagar el incentivo cuando -como ocurrió en el caso en estudio- prosperan las demandas que hubieren sido formuladas en ejercicio de las acciones populares, de ninguna manera resultan de obligatorio acatamiento para el Consejo de Estado y, por tanto, la Sala bien había podido apartarse de esa línea de pensamiento. Como si lo anterior no fuere suficiente -que en realidad lo es-, cabe agregar que las aludidas apreciaciones de la Corte Constitucional de ninguna manera podrían tenerse como la ratio decidendi sobre la cual estuviere descansado la determinación que se adoptó en el sentido de declarar ajustadas a la Carta Política las normas legales entonces cuestionadas, por la sencilla pero potísima razón de que las mismas no se refieren al tema, no lo regulan y ni siquiera lo contemplan, por manera que mal puede pensarse entonces que lo que no pasa de ser el simple parecer de la Corte Constitucional acerca de quién es el sujeto que debe asumir el deber o la obligación de pagar el incentivo correspondiente, en realidad hubiere sido el punto fundamental que dio lugar a la expedición del referido fallo de constitucionalidad.

DEFENSA DE INTERESES COLECTIVOS - Pago de incentivo / VIOLACION AL DERECHO COLECTIVO Y A LA MORALIDAD - Fuerza vinculante

Así las cosas, resulta evidente que las apreciaciones que en su fallo hizo la Corte Constitucional acerca de quién debe pagar el incentivo cuando -como ocurrió en el caso en estudio- prosperan las demandas que hubieren sido formuladas en ejercicio de las acciones populares, de ninguna manera resultan de obligatorio acatamiento para el Consejo de Estado y, por tanto, la Sala bien había podido apartarse de esa línea de pensamiento. Como si lo anterior no fuere suficiente - que en realidad lo es-, cabe agregar que las aludidas apreciaciones de la Corte Constitucional de ninguna manera podrían tenerse como la ratio decidendi sobre la cual estuviere descansado la determinación que se adoptó en el sentido de declarar ajustadas a la Carta Política las normas legales entonces cuestionadas, por la sencilla pero potísima razón de que las mismas no se refieren al tema, no lo regulan y ni siquiera lo contemplan, por manera que mal puede pensarse entonces que lo que no pasa de ser el simple parecer de la Corte Constitucional acerca de quién es el sujeto que debe asumir el deber o la obligación de pagar el incentivo correspondiente, en realidad hubiere sido el punto fundamental que dio lugar a la expedición del referido fallo de constitucionalidad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de junio de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 70001-23-31-000-2003-00618-01(AP)

Actor: EMPOSUCRE EN LIQUIDACION

Demandado: NACION-MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO Y OTROS

Referencia: ACCION POPULAR-APELACION DE SENTENCIA

Si bien comparto las decisiones que fueron adoptadas dentro del proceso de la referencia con el propósito de resolver el fondo de la controversia planteada y en particular de las pretensiones formuladas por la parte actora, razón por la cual acompañé con mi voto la expedición de la sentencia a la que alude la presente aclaración de voto, estimo necesario explicar las razones por las cuales no compartí, en modo alguno, la conclusión a la cual arribó la Sala en punto a la

negativa a reconocer el incentivo al cual, a mi juicio, tenía derecho la entidad demandante.

Oportuno resulta recordar las razones que la Sala invocó para efectos de fundamentar la decisión consistente en negar el incentivo que, de acuerdo con la Ley 472, debía reconocerse a favor de la parte actora en cuanto prosperaron las súplicas de la demanda y fue, precisamente, por la actuación que desplegó la misma que finalmente se obtuvo el pronunciamiento judicial encaminado a proteger y garantizar, de manera efectiva, los derechos colectivos que, de otra manera, habrían continuado siendo vulnerados o amenazados.

Así discurrió la mayoría de la Sala a propósito del tema en mención:

“9. Del pago del incentivo

“En lo que atañe al pago del incentivo, es importante advertir que de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional en la providencia que revisó esta materia, el incentivo debe correr a cargo de las personas naturales que atentaron o vulneraron el derecho o interés colectivo y no por cuenta de la entidad estatal afectada. En efecto, a juicio de la Corte:

“La Corte se pregunta ahora: ¿quién debe pagar el monto del incentivo decretado por el juez de la acción popular, tanto el del artículo 39, como del 40 de la ley 472 de 1998. Sin lugar a dudas este monto debe pagarlo la persona que atentó o vulneró el correspondiente derecho o interés colectivo, pues, no sería lógico ni jurídico que en la perspectiva de proteger derechos e intereses vinculados al cumplimiento de las tareas estatales, sea el mismo Estado quien deba soportar una erogación con ocasión de un proceso en el que se demostró la responsabilidad de un tercero. Es apenas obvio que cada cual debe responder por los efectos nocivos de su propia conducta, lo cual, a más de ser justo y necesario, resulta ampliamente pedagógico en la esfera de las políticas preventivas del Estado sobre derechos e intereses colectivos. Por consiguiente, el monto total del incentivo determinado por el juez debe pagarlo la persona que atentó o vulneró el correspondiente derecho o interés colectivo. En el evento del artículo 40, siendo el estado el afectado o ‘víctima’ del acto que afecta la moral administrativa, no puede además ser afectado con una disminución de lo que recupere, siendo lo razonable que el incentivo lo pague el autor o cómplice del detrimento patrimonial. Esta es la misma posición que en la interpretación y aplicación de esta norma ha hecho el Honorable Consejo de Estado y que la Corte Constitucional

*ahora avala, como manifestación del denominado derecho viviente.*¹⁵⁶

“En este caso, los demandantes no se ocuparon de indicar desde el comienzo del proceso las personas -que a su juicio- debían haberse vinculado, por haber desplegado las conductas vulnerantes denunciadas. Ahora, si bien fue vinculada la contratista a este proceso, la verdad de las pruebas recaudadas no deduce comportamiento por acción u omisión de su parte en orden a afectar el patrimonio público, en la ejecución de una cláusula contractual que atañe exclusivamente a la entidad contratista.

“De suerte que al no haberse vinculado a las personas naturales que directamente atentaron o vulneraron los derechos colectivos invocados, como sujetos pasivos de esta acción, no puede ahora condenarse a las entidades accionadas a cubrir el incentivo, por lo que forzosamente habrá de negarse éste último.

“En tales condiciones, la Sala revocará la decisión recurrida para acceder parcialmente a lo solicitado, únicamente en cuanto al derecho colectivo al patrimonio público y respecto de la conducta vulnerante acreditada y no concederá el incentivo”.

Como fácilmente puede observarse, la razón que en esta oportunidad llevó a la Sala a negar el incentivo se hizo consistir, básicamente, en algunas reflexiones que la Corte Constitucional consignó en su sentencia C-459 de 2004 acerca de quién debía pagar el incentivo, cuando se ocupó de resolver la demanda de inconstitucionalidad que en su oportunidad fue formulada en contra de los artículos 39 y 40 de la Ley 472, dictada en el año de 1998.

No obstante lo anterior y más allá de la importancia que pudiere corresponder al pronunciamiento que efectuó la Corte Constitucional, estimo que la mayoría de la Sala dejó de lado, tal como lo advertí durante el debate correspondiente, la consideración fundamental de que las aludidas apreciaciones del Tribunal Constitucional apenas si correspondían a un *obiter dictum* carente, por completo, de fuerza vinculante.

En efecto, en la decisión que esa alta Corporación dictó el 11 de mayo de 2004, se lee:

“RESUELVE

“1. Declarar la *EXEQUIBILIDAD* de los artículo 39 y 40 de la ley 472 de 1998.

¹⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-459 de 2004.

“2. Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente”¹⁵⁷.

Tal como se desprende de la simple lectura de la parte resolutive que corresponde al fallo de constitucionalidad en cita, estimo oportuno poner de presente que con la expedición de la referida Sentencia C-459-04 en nada se modificó el estado de cosas existente previamente en el mundo jurídico.

Son varios los argumentos en que se apoya el anterior aserto, a saber:

Lo primero que al respecto cabe señalar es que la decisión de la Corte Constitucional consistió en declarar exequibles las normas demandadas de inconstitucionalidad, por manera que las mismas, esto es los artículos 39 y 40 la Ley 472 no sufrieron alteración alguna en cuanto a su contenido se refiere y, por tanto, seguirán rigiendo normalmente hacia el futuro.

Agréguese a lo anterior que tal declaración de exequibilidad fue simple, es decir que no se condicionó a una determinada forma de entender o de interpretar una o varias de dichas disposiciones, cuestión que habría sido obligatoria o vinculante, sino que necesariamente hacia el futuro los encargados de aplicar dichas disposiciones podrán escudriñar, proponer y examinar libremente todas las interpretaciones que -siendo razonables- resulten posibles en relación con tales disposiciones y, por tanto, con sujeción a las reglas de interpretación de las leyes, los jueces competentes en cada caso podrán determinar el alcance de las mismas y definir su aplicación cuando ello fuere procedente, sin encontrarse sometidos a unas específicas directrices que hubiere impartido la Corte Constitucional.

Esta postura encuentra sólido respaldo jurisprudencial en el pronunciamiento que efectuó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en un caso en el cual debió interpretar una norma legal para determinar el alcance de la misma y al verificar que ya había sido declarada exequible por la Corte Constitucional pero sin condicionamiento alguno, consideró que como juez estaba suficientemente habilitado, en los términos del artículo 230 de la Carta Política, para darle a tal disposición legal el entendimiento más adecuado, sin tener que

¹⁵⁷ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-459 de 2004, fechada en mayo 11 de 2004. Magistrado Ponente, doctor Jaime Araujo Rentarías.

someterse a las apreciaciones que previamente había realizado el Tribunal Constitucional; así lo sostuvo el Consejo de Estado en la oportunidad referida:

“La Corte Constitucional declaró exequible el artículo 36 de la ley 472 de 1998, en sentencia C- 377 proferida el día 14 de mayo de 2002; (...)

“

“La parte resolutive de tal providencia indicó únicamente: “Declarar EXEQUIBLE el artículo 36 de la Ley 472 de 1998.” Lo anterior significa que la declaratoria de exequibilidad en mención no fue condicionada a una interpretación jurídica, razón por la cual el artículo 36 in fine debe entenderse en su sentido amplio, es decir dentro del TODO del contexto normativo de la ley 472. Y se resalta nuevamente que la Corte, en la sentencia C-377/02, no dispuso condicionamiento alguno y, entonces, por el contenido del artículo y de la declaratoria de exequibilidad del artículo 36 in fine éste no está supeditado a interpretación concreta.

Si bien es cierto que la decisión de la Corte se motivó con un determinado alcance, la parte resolutive del fallo no la contuvo, como condicionamiento, y fue por ello que fue objeto de cuatro salvamentos parciales de voto”¹⁵⁸.

Así las cosas, resulta evidente que las apreciaciones que en su fallo hizo la Corte Constitucional acerca de quién debe pagar el incentivo cuando -como ocurrió en el caso en estudio- prosperan las demandas que hubieren sido formuladas en ejercicio de las acciones populares, de ninguna manera resultan de obligatorio acatamiento para el Consejo de Estado y, por tanto, la Sala bien había podido apartarse de esa línea de pensamiento.

Como si lo anterior no fuere suficiente -que en realidad lo es-, cabe agregar que las aludidas apreciaciones de la Corte Constitucional de ninguna manera podrían tenerse como la *ratio decidendi* sobre la cual estuviere descansado la determinación que se adoptó en el sentido de declarar ajustadas a la Carta Política las normas legales entonces cuestionadas, por la sencilla pero potísima razón de que las mismas no se refieren al tema, no lo regulan y ni siquiera lo contemplan, por manera que mal puede pensarse entonces que lo que no pasa de ser el simple parecer de la Corte Constitucional acerca de quién es el sujeto que debe asumir el deber o la obligación de pagar el incentivo correspondiente, en

¹⁵⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto proferido en enero 21 de 2003. Radicación número: 25000-23-24-000-2002-2188-01(AP-752)II. Magistrado Ponente, doctora María Elena Giraldo Gómez.

realidad hubiere sido el punto fundamental que dio lugar a la expedición del referido fallo de constitucionalidad.

Así rezan las normas legales en mención:

“ARTICULO 39. INCENTIVOS. *El demandante en una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales.*

“Cuando el actor sea una entidad pública, el incentivo se destinará al Fondo de Defensa de Intereses Colectivos.

“ARTICULO 40. INCENTIVO ECONOMICO EN ACCIONES POPULARES SOBRE MORAL ADMINISTRATIVA. *En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular.*

“Para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso.

“Para hacer viable esta acción, en materia probatoria los ciudadanos tendrán derecho a solicitar y obtener se les expida copia auténtica de los documentos referidos a la contratación, en cualquier momento. No habrá reserva sobre tales documentos”.

No hace falta esfuerzo intelectual alguno para concluir, sin lugar a la menor hesitación, que las normas legales transcritas no regulan, no precisan y ni siquiera mencionan **a quién le corresponde pagar el incentivo.**

Así las cosas, resulta evidente que las apreciaciones que en su fallo hizo la Corte Constitucional acerca de quién debe pagar el incentivo cuando -como ocurrió en el caso en estudio- prosperan las demandas que hubieren sido formuladas en ejercicio de las acciones populares, de ninguna manera resultan de obligatorio acatamiento para el Consejo de Estado y, por tanto, la Sala bien había podido apartarse de esa línea de pensamiento.

Como si lo anterior no fuere suficiente -que en realidad lo es-, cabe agregar que las aludidas apreciaciones de la Corte Constitucional de ninguna manera podrían tenerse como la *ratio decidendi* sobre la cual estuviere descansado la determinación que se adoptó en el sentido de declarar ajustadas a la Carta

Política las normas legales entonces cuestionadas, por la sencilla pero potísima razón de que las mismas no se refieren al tema, no lo regulan y ni siquiera lo contemplan, por manera que mal puede pensarse entonces que lo que no pasa de ser el simple parecer de la Corte Constitucional acerca de quién es el sujeto que debe asumir el deber o la obligación de pagar el incentivo correspondiente, en realidad hubiere sido el punto fundamental que dio lugar a la expedición del referido fallo de constitucionalidad.

en los siguientes términos:

“Artículo 84.- Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas [incluidas las judiciales, naturalmente] no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio”. (Corchetes extra texto).

Por lo expuesto no pude compartir con la mayoría de la Sala la decisión consistente en denegar el reconocimiento al incentivo, al cual, a mi juicio, tenía derecho el actor popular citado en la referencia.

RESPETUOSAMENTE,

MAURICIO FAJARDO GOMEZ
Consejero de Estado