

ACCCION POPULAR - Generalidades / ACCION POPULAR - Finalidad / ACCION POPULAR - Autónoma / ACCION POPULAR - Contrato estatal / CONTRATO ESTATAL - Acción popular

En primer término se ha de señalar que las acciones populares tienen como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, ya sea evitándose el daño contingente o haciendo cesar el peligro, la amenaza, agravio o vulneración o, en la medida de lo posible, restituyendo las cosas a su estado anterior, lo cual se logra a través de la efectividad de las medidas y correctivos implementados por las autoridades. Esta acción constitucional tiene el carácter de autónoma y, por ende, no es residual o supletiva; el Legislador se encargó de establecer tal autonomía según se desprende de la lectura armónica de los artículos 1, 2, 9 y 34 de la Ley 472 de 1998, todos ellos en perfecta consonancia con el querer del Constituyente, expresado en los siguientes términos en los antecedentes históricos del artículo 88 Constitucional. En este sentido, cabe mencionar que los contratos estatales no escapan al ámbito de la acción popular, cuando con ocasión de los mismos resulten amenazados o vulnerados los derechos colectivos, toda vez que en ellos está contenida la actividad del Estado, en tanto son celebrados por las entidades públicas para cumplir los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (artículo 3 de la Ley 80 de 1993), llevan ínsito el principio de legalidad, tienen la impronta del interés general y son expresión del ejercicio de la función administrativa (art. 209 de C.P.). Es decir, no se discute la procedencia de este medio procesal cuando la conducta vulnerante del derecho o interés colectivo es un contrato estatal, toda vez que se trata del mecanismo idóneo para la protección de los derechos e intereses colectivos, con independencia de la naturaleza de la conducta vulnerante. A tal conclusión se arriba sin mayor dificultad al revisar el contenido de los artículos 9, 15, ordinal b) del 18 e inciso segundo del 40 de la Ley 472, los cuales señalan genéricamente y de forma reiterativa que estas acciones proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, sin circunscribir a determinada categoría de actuación su procedencia. En conclusión, la adjudicación, celebración, ejecución y liquidación de los contratos configura una típica acción de la Administración (función administrativa) que puede amenazar o causar agravio a derechos o intereses colectivos y en esa medida es válido concluir que son generadores de la acción popular (inciso segundo del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, en consonancia con los artículos 9, 15 y 18 de la misma ley). Nota de Relatoría: Ver Expediente No. AP-55 de 13 de julio de 2000; sobre Carácter principal y no subsidiario de la acción popular: Sentencia de 10 de febrero de 2005, Exp. AP - 00254, C.P. María Elena Giraldo Gómez. En el mismo sentido Auto de 24 de mayo de 2001, Exp. AP 076, C.P. Olga Inés Navarrete y 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 En el mismo sentido Exp. AP-166, Sentencia de 17 de junio de 2001, C.P. Alier E. Hernández Enríquez y Sentencia de 5 de octubre de 2005, Actor: Procuraduría General de la Nación, Demandada: Amadeo Tamayo Morón, Rad: 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01, C. P. Ramiro Saavedra Becerra. FF: LEY 472 DE 1998 ARTICULOS 1, 2, 9, 34, 15, 18, 40 INCISO 2 ORDINAL B); CONSTITUCION POLITICA ARTICULOS 88, 209; LEY 80 DE 1993 ARTICULO 3;

BIENES DE DOMINIO PUBLICO - Concepto / BIENES DE DOMINIO PUBLICO - Clasificación. Bienes fiscales o patrimoniales. Bienes de uso público / BIENES FISCALES - Concepto / BIENES FISCALES - Clasificación. Bienes fiscales propiamente dichos. Bienes fiscales adjudicables o baldíos / BIEN BALDIO - Concepto / BIENES FISCALES - Características / BIEN ALIENABLE

- Concepto / BIEN EMBARGABLE - Concepto / BIEN IMPRESCRIPTIBLE - Concepto / BIENES DE USO PUBLICO - Concepto / BIENES DE USO PUBLICO - Características

Siguiendo la jurisprudencia de la Sala, es menester señalar que los bienes de dominio público de los cuales toda la comunidad debe servirse según sus necesidades, constituyen el conjunto de bienes destinados al desarrollo o cumplimiento de las funciones públicas del Estado o están afectados al uso común, tal como se desprende de los artículos 63, 82, 102 y 332 de la Constitución Política. De acuerdo con el artículo 674 del Código Civil, los bienes de dominio público se clasifican en bienes fiscales o patrimoniales y en bienes de uso público, distinción que permite establecer sus diferencias en punto a su destinación, utilización y la regulación jurídica que le es propia a cada uno, aún cuando gozan de similar naturaleza en tanto se encuentran en cabeza o a cargo del Estado. Los bienes fiscales o patrimoniales, son aquellos que pertenecen a sujetos de derecho público de cualquier naturaleza u orden y que, por lo general, están destinados al cumplimiento de las funciones públicas o servicios públicos, tales como los terrenos, edificios, fincas, granjas, equipos, enseres, acciones, rentas y bienes del presupuesto, etc., es decir, afectos al desarrollo de su misión y utilizados para sus actividades, o pueden constituir una reserva patrimonial para fines de utilidad común. Su dominio corresponde a la República, pero su uso no pertenece generalmente a los habitantes, de manera que el Estado los posee y los administra en forma similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad. Los mismos a su vez se pueden subdividir en bienes fiscales propiamente dichos y bienes fiscales adjudicables o baldíos, estos últimos corresponden a los predios de la Nación que pueden ser adjudicados a las personas que reúnan las condiciones y requisitos establecidos en la legislación. Dentro de las características de los bienes fiscales se encuentran: a) Alienables: es decir, son enajenables y susceptibles de disposición en virtud de actos jurídicos (vender, donar, arrendar, hipotecar etc.) en conformidad con las normas fiscales y de contratación pública aplicables. b) Embargables: por regla general pueden constituir prenda general de los acreedores, con excepción de los casos previstos en la ley. c) Imprescriptibles: el Código de Procedimiento Civil en el artículo 407, numeral 4º, modificado por el artículo 1º, numeral 210 del decreto -ley 2282 de 1989, sustrae la posibilidad de adquirir por prescripción los bienes de propiedad de las entidades públicas, cuando indica: "La declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público". Por su parte, los bienes de uso público son aquellos bienes destinados al uso, goce y disfrute de la colectividad y, por lo tanto, están al servicio de todos los habitantes en forma permanente, con las limitaciones que establece el ordenamiento jurídico y la autoridad competente que regula su utilización, como calles, plazas, parques, puentes, caminos, carreteras, ejidos, etc.; de ahí que, respecto de ellos el Estado cumple simplemente una función de protección, administración, mantenimiento y apoyo financiero. Es decir, frente a estos bienes ninguna entidad pública tiene un dominio similar al de un particular respecto de un bien de su propiedad, sino derechos de administración y policía en interés general para proteger su uso y goce común. En relación con las características de los bienes públicos la Sala precisó en la jurisprudencia vigente en la materia que el titular del derecho de dominio es el Estado, y se distinguen por su afectación a una finalidad pública, por cuanto su uso y goce pertenecen a la comunidad por motivos de interés general, determinados por la Constitución o la ley, razón por la que se encuentran sujetos a un régimen jurídico en virtud del cual gozan de privilegios como la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, que los ubica fuera del comercio. En efecto, 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. Y 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. Nota de Relatoría: Ver Sentencias de 16 de febrero de 2001, 16.596, y de 6 de julio de 2005, Exp. 12249 C.P. Alier E. Hernández Enríquez; Sentencia de 18 de marzo de 2004, Exp. AP 52001233100020021750-01, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; Sentencias de 16 de febrero de 2001, Exp. 16.596, C.P. Alier E. Hernández Enríquez; de la CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-566 de octubre 23 de 1992, M.P: Alejandro Martínez Caballero
FF: CONSTITUCION POLITICA ARTICULOS 63, 82, 102, 332; CODIGO CIVIL ARTICULO 674

BIENES DE USO PUBLICO - Espacio público / ESPACIO PUBLICO - Destinación colectiva / ESPACIO PUBLICO - Características / ESPACIO PUBLICO - Contrato. Excepción

En consonancia con este mandato constitucional(art 63), 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 superior que subraya su naturaleza afectada al interés general (art. 1 C.P.). En este 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. 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. Además, ese carácter inalienable, imprescriptible e inembargable del espacio público, implica que su destinación está regulada por fuera de los cauces normativos propios del derecho privado y se ubica en los predios del derecho público. Inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que se constituyen en los medios jurídicos a través de los cuales se tiende a hacer efectiva la protección de los bienes de uso público, a efectos de que ellos cumplan el 'fin' que motiva su afectación como figura medular o pieza clave del dominio público. Por manera que cuando la Constitución y la ley le imponen al Estado el deber de velar por la integridad del espacio público y su afectación a una finalidad pública, comoquiera que su uso y goce pertenecen a la comunidad, por motivos de interés general, no sólo limita su disposición en términos de enajenabilidad, sino que al mismo tiempo impide la presencia de discriminaciones negativas en el acceso al espacio público (exclusión en el acceso) o discriminaciones positivas a favor de determinados particulares (privilegios), en tanto lo que está en juego es el interés general (arts. 1 y 82 C.P.) anejo a su destinación al uso común general. En consecuencia, los bienes de uso público y su expresión del espacio público, al tener las características de inalienables, imprescriptibles e inembargables, no pueden entregarse por lo mismo a ningún título a los particulares si con ello se vulnera la destinación al uso común que a ellas corresponde por mandato superior; de modo que, sólo excepcionalmente las autoridades administrativas están habilitadas para la celebración de algunos contratos cuando quiera que con ellos justamente se esté garantizando la destinación de dichos bienes al uso común. Con esta perspectiva, la Sala no ha dudado en decretar la nulidad absoluta por objeto ilícito de un contrato de arrendamiento de bienes de uso público, en tanto esta modalidad contractual afecta su destinación al uso común.

Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 18 de agosto de 1995, Exp. 3237, C.P. Nubia González Cerón; Sentencia de 9 de julio de 1998, Radicación número: 3940, Actor: Personero de Santa Fe de Bogotá, Demandado: Secretario de Tránsito y Transporte de Santa fe de Bogotá, C. P. Libardo Rodríguez Rodríguez; Sentencia de 18 de enero de 2.001, Radicación número: AP-162, Actor: Jorge Alfonso Quiroz Arango, Demandado: Municipio de Medellín, C. P. German Rodríguez Villamizar; en el mismo sentido, 01668-01(AP-320), Actor: Edgardo Hiram de Santis Caballero, C. P. Ana Margarita Olaya Forero; Sentencia de febrero 16 de 2001, Radicación número: 16596, Actor: Personería de Santafe de Bogotá, D.C, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; Sentencia de noviembre 11 de 1999, Exp. 5286, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero, en esta providencia se deja en claro que los bienes que pueden ser susceptibles de arrendamiento son únicamente los bienes fiscales; y AP-02214-01, Sentencia de 6 de octubre de 2005, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

FF: CONSTITUCION POLICTICA ARTICULOS 1, 63, 82; LEY 9 DE 1989 ARTICULO 5

BIEN DE USO PUBLICO - Contrato. Improcedencia / BIEN FISCAL - Contrato. Excepción / VILLA OLIMPICA - Contrato. Bien fiscal

Dependiendo de la naturaleza jurídica del inmueble objeto del contrato que se acusa como generador de la vulneración de derechos colectivos, se predica respecto del mismo unas características que inciden en la posibilidad de negociación o entrega a cualquier título en el tráfico jurídico; si es un bien de uso público, no es jurídicamente viable que sea entregado para el uso y goce exclusivo de un particular, so pena de transgredir el orden jurídico imperativo al intentar transferir u otorgar derechos con esa proyección y connotación sobre un bien de disfrute colectivo; en cambio, si su naturaleza es fiscal es posible sobre el mismo un acto de disposición jurídica con el aludido alcance (vender, arrendar, permutar, etc.), siempre y cuando se cumplan las normas legales que regulan esa actividad. Así las cosas, en el caso concreto, no obra prueba en el expediente que determine que de acuerdo con la ley o con alguna norma jurídica departamental deba calificarse el predio de la Villa Olímpica objeto del contrato en mención, como un bien de uso público o que el mismo se encuentre afectado a esa finalidad pública, de manera que de él pueda predicarse las características de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad de que tratan las disposiciones constitucionales y legales antes citadas, y en forma que su uso, goce, disfrute visual y libre tránsito sea de todos por motivos de interés general y sin restricción alguna, razón por la cual habrá de entenderse que dicho inmueble corresponde en los términos del artículo 674 del Código Civil a un bien fiscal del Departamento del Cauca.

FF: CODIGO CIVIL ARTICULO 674

CONTRATO DE COMODATO - Definición legal / PRESTAMO DE USO - Definición legal / COMODATARIO - Obligaciones

El artículo 2200 del Código Civil, define el contrato de comodato o préstamo de uso como aquel “en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso...”, contrato que “...no se perfecciona sino por la tradición de la cosa”, “...debiendo entenderse éste último vocablo simplemente como su entrega, dado que el comodante no se desprende ni de la propiedad, ni de la posesión, permitiendo únicamente su uso...”. Entonces, mediante el contrato de comodato se traslada el uso y disfrute de un bien, de manera gratuita, con el consiguiente derecho del comodatario que lo recibe de

percibir los frutos naturales o civiles que se produzcan y el compromiso de restituirlo al comodante al finalizar su uso o en el plazo y forma convenida, negocio jurídico tipificado y disciplinado en la legislación civil en cuanto a sus elementos, efectos, derechos y obligaciones entre las partes y que tiene por características el ser real (art. 1500 C.C.), bilateral (art. 1496 C.C.), principal (art. 1499 C.C.), nominado, intuito personae y esencialmente gratuito (art. 1497 C.C.) so pena de conversión en otro negocio jurídico. Y por virtud del mismo surgen las siguientes obligaciones a cargo del comodatario: i) usar la cosa únicamente para el uso convenido y a falta de éste para el uso ordinario propios de su clase, so pena de reparar todo perjuicio y restituir en forma inmediata el bien (art. 2002 del C.C.); ii) emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa y responder si el comodato se hubiere acordado en pro del comodatario hasta de culpa levísima, si lo fuere de ambas partes de culpa grave y si del comodante de culpa lata, por todo deterioro que no provenga de la naturaleza o del uso legítimo de la cosa (arts. 2003 y 2004 del C.C.); iii) responder del caso fortuito cuando empleó la cosa en un uso indebido o demoró su restitución a menos que se acredite que el deterioro o pérdida hubiera sobrevenido igualmente sin el uso ilegítimo o la mora, así como cuando éste ha sobrevenido por culpa suya, o cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la propia prefirió deliberadamente la suya y cuando expresamente se ha hecho responsable del caso fortuito (art. 2003 del C.C.); y iv) restituir la cosa prestada en el tiempo convenido o a falta de convención después de su uso, restitución que podrá exigirse aún antes de tiempo si muere el comodatario, o le sobreviene al comodante una obligación imprevista y urgente de la cosa o no tiene lugar el servicio para el cual se ha prestado la cosa (art. 2005 del C.C.). Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 1 de marzo de 2006 Exp. 15898, C.P. María Elena Giraldo Gómez; Sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 30232, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; y Concepto de 24 de julio de 2003, Rad. No.1.510, C.P. Susana Montes Echeverri.

FF: CODIGO CIVIL ARTICULOS 1497, 1499, 1500, 2200; LEY 9 DE 1989 ARTICULO 38

CONTRATO DE COMODATO - Límites / CONTRATO ESTATAL - Comodato. Límites

De conformidad con el artículo 38 de la Ley 9 de 1989, en concordancia con los artículos 3 y 32 de la Ley 80 de 1993, es viable que, en ejercicio de su autonomía y en cumplimiento de sus fines, las entidades estatales celebren el contrato de comodato para el manejo de sus bienes inmuebles, respetando su naturaleza y bajo dos precisos límites a saber: a) en relación con el sujeto, esto es, solo podrán hacerlo con otras entidades públicas o personas de derecho privado (sindicatos, cooperativas, asociaciones y fundaciones) que no repartan utilidades entre sus asociados o fundadores ni adjudiquen sus activos en el momento de su liquidación a los mismos, o juntas de acción comunal, fondos de empleados y similares; y b) respecto del tiempo, por un término máximo de cinco (5) años, renovables. Cabe precisar que, en los eventos en que el contrato de comodato se celebre entre una entidad estatal y una entidad privada sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, es necesario atender lo dispuesto por el artículo 355 de la Constitución Política y en los Decretos 777 de 1992, 1403 de 1992 y 2459 de 1993, que regulan los contratos para impulsar y apoyar programas y actividades de interés público.

FF: LEY 9 DE 1989 ARTICULO 38 EN CONCORDANCIA CON LOS ARTICULOS 3 Y 32 DE LA LEY 80 DE 1993; CONSTITUCION POLITICA ARTICULO 355; DECRETO 777 DE 1992; DECRETO 1403 DE 1992; DECRETO 2459 DE 1993

CONTRATO DE APOYO - Régimen jurídico especial / REGLAMENTO AUTONOMO - Contrato de apoyo / CONTRATO DE APOYO - Requisitos

Los contratos de apoyo que celebren la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, se encuentran, por tanto, sustraídos del ámbito de aplicación y alcance de la Ley 80 de 1993, pues cuentan con un régimen jurídico especial contenido en los mencionados decretos expedidos por el Ejecutivo en desarrollo de la atribución conferida por la Constitución Política en el artículo 355 superior y, por ende, gozan del carácter de reglamentos autónomos que regulan en forma especial los mencionados contratos. Así, de acuerdo con los citados decretos, los contratos de apoyo deben cumplir las siguientes condiciones y requisitos: i) Celebrarse con personas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad para realizar el objeto del contrato, lo cual deberá evaluarse previamente por la entidad en escrito motivado, respetando el régimen de inhabilidades propio que se establece para este tipo de entidades privadas. ii) Elevarse a escrito y sujetarse a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, sin perjuicio de que puedan incluirse cláusulas exorbitantes. iii) Ser congruente su objeto con los programas y actividades de interés público incluidos en los planes de desarrollo nacional o seccionales, según el caso. iv) No incluir una contraprestación directa en favor de la entidad pública, pues, de lo contrario, debe celebrarse un contrato con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes; o involucrar transferencias que se realizan con los recursos de los Presupuestos Nacional, Departamental, Distrital y Municipal a personas de derecho privado para desarrollar funciones públicas o suministrar servicios; o apropiaciones presupuestales decretadas a favor de personas jurídicas creadas por varias entidades públicas; o transferencias que efectúe el Estado a personas naturales en cumplimiento de las obligaciones de asistencia o subsidio; o encargar a otras personas jurídicas que desarrollen un proyecto específico por cuenta de la entidad pública, de acuerdo con instrucciones de esta última. v) Establecer una interventoría, que podrá ser ejercida por un funcionario de la entidad contratante o puede contratarse con persona de reconocida idoneidad. vi) Prever la constitución de garantías adecuadas de manejo y cumplimiento, con la posibilidad de aceptar garantías reales o personales cuando el valor del contrato sea inferior a cien salarios mínimos mensuales. vii) Ser publicados en el Diario Oficial, cuando la cuantía sea igual o superior al equivalente de cien salarios mínimos mensuales, o en los respectivos diarios, gacetas o boletines oficiales de la correspondiente entidad territorial.

FF: DECRETO 777 DE 1992; DECRETO 1403 DE 1992; DECRETO 2459 DE 1993; LEY 80 DE 1993; CONSTITUCION POLITICA ARTICULO 355

DOCUMENTO ELECTRONICO - Valor probatorio / MENSAJE DE DATOS - Valor probatorio / PRECISION JURISPRUDENCIAL - Documento electrónico. Mensaje de datos. Valor probatorio / PRUEBA JUDICIAL - Objeto / CARGA DE LA PRUEBA - Da mihi factum ego tibi jus

Cabe observar que si bien no se allegó copia del acto general que adoptó el plan de desarrollo departamental del Cauca, actualmente el Juez y los operadores jurídicos pueden acudir a otros elementos y herramientas de publicidad que permiten verificar el contenido de tales normas de carácter territorial con alcance de autenticidad y para todos los efectos legales. A este respecto, la Sala se permite realizar la siguiente precisión: Valor de los documentos electrónicos o mensajes de datos que contienen actos administrativos generales expedidos por la Administración Pública. Es cierto que, la regla general, es que las normas jurídicas no son tema de prueba, pues el objeto de la prueba judicial son los hechos, esto es, la realidad fáctica: hechos de la naturaleza o con intervención del hombre, actos o conductas voluntarias o involuntarias del mismo, sucesos, acontecimientos, y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron o

se estén presentado o las motivaciones de la actuación, según el caso; de ahí que, en el proceso, impere aún el aforismo latino “da mihi factum ego tibi jus”: dame los hechos que yo te daré el derecho, o sea el imperativo para las partes de proporcionarle al juez los hechos y probarlos (artículo 177 del C. de P. Civil) y el correlativo del mismo de calificarlos para decir las consecuencias jurídicas y conceder el derecho en aras de solucionar la controversia o conflicto que se le somete a su consideración, toda vez que él debe conocerlo, interpretarlo y aplicarlo en esos asuntos concretos objeto de su conocimiento, con el fin de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades que se aseguran por la Administración de Justicia. Es por ello que la tecnología se encuentra al servicio de la administración de justicia, en las voces del artículo 95 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Es decir, de acuerdo con la norma transcrita las autoridades judiciales podrán utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones, y los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales. A la par del precepto anterior, y ante la necesidad de un régimen jurídico que diera soporte a estas nuevas realidades tecnológicas, se expidió la Ley 527 de 18 de agosto de 1999, a través de la cual se definió y reglamentó el acceso y uso de los mensajes de datos, el comercio electrónico y las firmas digitales, consagrando, entre otros aspectos, que los documentos electrónicos son equivalentes a los escritos y, por lo mismo, deben ser valorados como éstos. Así, los mensajes de datos ostentan el carácter de documentos, y se definen en el artículo 2 -ordinal a)- de la Ley 527 de 1999, como “...la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax...”, los cuales gozan de igual tratamiento y eficacia probatoria de los documentos en papel, en tanto de ellos se predicen los mismos criterios de fiabilidad, autenticidad, integridad y rastreabilidad, en los términos de esta normativa. En suma, en los eventos en que una norma determine que una información conste por escrito, este requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, siempre que sea posible la consulta posterior de la información contenida en el mismo (art. 6 de la Ley 527 de 1999); mensaje de datos que constituye medio de prueba en las actuaciones administrativas y judiciales en los términos del Código de Procedimiento Civil, en el entendido de que es equivalente funcionalmente a los otros documentos originalmente escritos en papel (art. 10 ejusdem). Con todo, se debe precisar que esa admisibilidad y eficacia probatoria de los mensajes de datos, se reconoce siempre que ofrezcan similares niveles de seguridad de los documentos escritos y cumplan los requisitos técnicos y jurídicos relacionados con su autenticidad, integridad y rastreabilidad, siendo este el criterio para valorarlo probatoriamente, bajo las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas, (art. 11 in fine); y, en tratándose de actuaciones judiciales, sólo cuando se garantiza la fiabilidad sobre el origen del mensaje, la integridad del mismo, la identificación de la función jurisdiccional y el cumplimiento de los demás requisitos exigidos por las leyes procesales respectivas, es decir, el respeto de las condiciones a que alude el artículo 95 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Bajo esta misma orientación y con idéntico ánimo del Legislador de adecuar y poner a tono el ordenamiento jurídico con los avances tecnológicos propios de la denominada “sociedad de la información”, se expidió la Ley 962 de 8 de julio de 2005, por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o p Ff: artículo 177 del C. de P. Civil - inciso primero del artículo 188 del Código de

Procedimiento Civil, artículo 141 del Código Contencioso Administrativo. Nota de Relatoría: Ver Sentencia C- 662 de 2000, M.P Fabio Morón Díaz de la Corte Constitucional

FF: LEY 527 DE 1999; ACUERDO PSAA06-3334 DE 2006

ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL - Publicidad electrónica. No nacional / PUBLICIDAD ELECTRONICA - Acto administrativo general. No nacional / MENSAJE DE DATOS - Autenticidad / PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL - Prueba. Mensaje de datos. Acto administrativo general no nacional

En virtud del artículo 7 de la Ley 962 de 2005, se estatuyó la validez de la publicidad electrónica de actos generales emitidos por la Administración Pública, para lo cual las entidades públicas que la integran en todos su órdenes (nacional, departamental y municipal) pues la norma no hace distinción, están en la obligación de poner a disposición del público las leyes, decretos y actos administrativos de carácter general o documentos de interés público relativos a cada uno de ellos, a través de medios electrónicos -como por ejemplo el Internet-, dentro de los cinco (5) días siguientes a su publicación, sin perjuicio de la obligación legal de publicarlos en el Diario Oficial -o entiéndase la obligación legal de hacerlo en su equivalente en los otros órdenes-, y "...[l]as reproducciones efectuadas se reputarán auténticas para todos los efectos legales, siempre que no se altere el contenido del acto o documento...", según puntualiza su inciso segundo. Por consiguiente, de conformidad con los artículos 6, 7 y 8 de la Ley 962 de 2005, resulta claro que las reproducciones efectuadas de las normas de carácter territorial seccional o local (estricto sensu: actos administrativos de carácter general) que se encuentren a disposición del público en Internet como documentos electrónicos en su modalidad de mensaje de datos dentro de las páginas institucionales de las entidades públicas de las administraciones departamentales o municipales se reputan auténticas para todos los efectos legales, siempre que no se altere el contenido del acto, régimen que interpretado armónica y sistemáticamente con los artículos 95 de la Ley 270 de 1996, 6 y 10 de la Ley 527 de 1999, permite colegir que es un medio admisible, eficaz, válido y con fuerza obligatoria para demostrar el contenido del texto de aquél tipo de disposiciones jurídicas de alcance no nacional y con el cual se satisface la exigencia prevista en los artículos 188 del C. de P. Civil y el 141 del C.C.A. respecto de su aducción al proceso para efectos de aplicación por parte del juez, quien así privilegiará el principio contenido en el artículo 228 de la Constitución Política, según el cual en las actuaciones de la Administración de Justicia "prevalecerá el derecho sustancial". En conclusión, para la Sala la información almacenada como mensajes de datos en las páginas institucionales de las entidades públicas a disposición del público en la red de Internet relacionada con los actos administrativos de carácter general, se califican como auténticos para todos los efectos legales, incluyendo, por supuesto, los judiciales, de manera que el Juez puede acudir a su consulta y tenerlos en cuenta con el fin de aplicar el derecho que emana de ellos al caso concreto materia de conocimiento, para lo cual se requiere que en la reproducción de su contenido en la providencia o sentencia respectiva no se altere su contenido y la información obtenida pueda ser accesible para su posterior consulta.

FF: LEY 962 DE 2005 ARTICULOS 6, 7 Y 8; LEY 270 DE 1996 ARTICULO 95; LEY 527 DE 1999 ARTICULOS 6 Y 10; CONSTITUCION POLITICA ARTICULO 228

MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Generalidades / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Características / PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Moralidad administrativa

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 (artículo 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. 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" 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, implica per se violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa. 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 demandante en la acción popular la carga procesal de precisar el aspecto en el cual radica la trasgresión a este 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. Nota de Relatoría: Ver Sentencia del 31 de octubre de 2002, Exp. AP-059. En el mismo sentido ver sentencias AP-166 y Ap-170 de 2001; Sentencia de 4 de noviembre de 2004, Rad. AP-2305.

FF: CONSTITUCION POLITICA ARTICULOS 1, 209

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil siete (2007)

Radicación número: 19001-23-31-000-2005-00993-01(AP)

Actor: LUIS ALEJANDRO BURBANO IDROBO

Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA Y OTRO

Referencia: ACCION POPULAR -APELACION DE SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por Luis Alejandro Burbano Idrobo, en su calidad de accionante, en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca el 7 de febrero de 2006, la cual será confirmada.

Mediante la sentencia apelada, se decidió negar las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

A través de escrito presentado ante el Tribunal Administrativo del Cauca el 23 de junio de 2005, el señor Luis Alejandro Burbano Idrobo, interpuso acción popular contra el Departamento del Cauca y la Caja de Compensación Familiar del Cauca - COMFACAUCA, con el fin de obtener la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa y al patrimonio público previstos en la Ley 472 de 1998, los que afirma vulnerados por la demandada con ocasión de la celebración de un contrato de administración sobre los terrenos departamentales denominados Villa Olímpica, entre la Gobernación del Departamento del Cauca y la Caja de Compensación Familiar del Cauca - COMFACAUCA, que no le reporta ningún beneficio periódico, permanente o actual.

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

“Los Honorables Magistrados se servirán declarar que el Departamento del Cauca y la Caja de Compensación del cauca (sic) han vulnerado el derecho e interés colectivo (sic) al patrimonio público y a la moralidad administrativa, con los contratos suscritos con COMFACAUCA, en los cuales el Departamento no participa de ningún beneficio periódico, permanente ni actual.

“Como consecuencia de lo anterior, se servirá declarar la nulidad de los contratos de conformidad con el artículo 45 de la ley 80 de 1993, por cuanto vulneran los procedimientos para la celebración de los contratos, ya que la naturaleza, esencia y fin deben resultar congruentes para su celebración y ejecución. Ordenando el reconocimiento de un arrendamiento promedio a favor del Departamento multiplicado por el número de meses en que Comfacauca utiliza, goza y explota los terrenos del Departamento en el desarrollo de sus actividades deportivas.”

“De manera subsidiaria sírvase ordenar la novación del contrato o cualquier relación jurídica sustancial en la cual el Departamento se beneficie de las utilidades o le permita percibir beneficio o ingreso alguno en relación con el activo.

“De conformidad con el artículo 39 de la ley 472 de 1998 se ordene reconocer el incentivo para tal fin.

“Adicionalmente ordénese el reconocimiento del 15% de los dineros ordenados y recaudados a favor del Departamento. Se decrete el incentivo consagrado en el artículo 40 de la Ley 472 den 1998.”

2. Hechos

Se afirmó por el actor en la demanda que el Departamento del Cauca es el propietario del inmueble ubicado en la Calle 18N con Carrera 15 esquina del Barrio Campamento, conocido como Villa Olímpica, el cual cedió a COMFACAUCA, en calidad de “...comodato, por administración o cualesquier otro acto...” entregándole la respectiva posesión, uso, goce y explotación.

Señaló que sobre el anterior bien han recaído diversos contratos que han favorecido a particulares y en la actualidad el Gobernador del Departamento del Cauca suscribió con la Caja de Compensación Familiar del Cauca - COMFACAUCA el contrato de Administración No. 001 2005, por un período de 5 años, con el fin de que la Caja administrara y realizara todas las adecuaciones necesarias en el inmueble ya referido, para el desarrollo de diferentes programas deportivos y de recreación social, comprometiéndose a asumir los gastos de administración y mantenimiento que llegaren a causarse, sin existir

contraprestación alguna a favor del Departamento, gratuidad que vulnera el interés social, máxime si la contratista no cancela el valor del impuesto predial, lo que se constituye en una carga adicional en cabeza del Departamento, el cual no percibe ningún tipo de ganancia.

Esgrimió que el cumplimiento de la ecuación contractual, regulada por el estatuto de contratación de la administración pública, implica equivalencia de derechos y obligaciones entre las partes contratantes, lo que no se cumple en el contrato ya referido, dado que el Departamento paga el impuesto predial respecto del inmueble conocido como Villa Olímpica, presentándose un desequilibrio contractual que debe conducir a la toma de todas las medidas necesarias para el restablecimiento del mismo y de los derechos e intereses colectivos de la población de Popayán, dado que el desembolso de dinero que realiza el Departamento beneficia directamente a un tercero ajeno a la administración pública.

A su juicio la naturaleza del contrato suscrito por el Departamento del Cauca con COMFACAUCA es el de concesión o de obra, y no de comodato o administración, dado que la construcción de escenarios deportivos dentro de un bien perteneciente al Estado, bajo cuenta y riesgo del contratista, conlleva la entrega de las mejoras efectuadas a favor del Estado al momento de finiquitar el término señalado en el contrato, lo que implica vulneración del principio de transparencia por cuanto se omitió la realización de la respectiva licitación pública para la escogencia del contratista, de conformidad con lo señalado por el artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Concluyó que la acción popular es procedente, pues en el contrato celebrado se ve el abuso de la función administrativa y corrupción administrativa en beneficio particular y en desmedro del patrimonio público.

3. Mediante auto de 28 de junio de 2005 el A quo admitió la acción y ordenó notificar como demandados al Gobernador del Departamento del Cauca, al Director de la Caja de Compensación Familiar del Cauca - COMFACAUCA, al Defensor del Pueblo y al Procurador Judicial en Asuntos Administrativos, así como también realizar la publicación de que trata el artículo 21 de la Ley 472 de 1998, con el fin de informar a la comunidad la existencia de la presente acción, trámite que se verificó en medio radial el 24 de agosto de 2005 (fl. 70 cd. ppal.).

4. Oposición a la demanda

La Caja de Compensación Familiar del Cauca - COMFACAUCA, contestó oportunamente la demanda (fls. 20 a 28 c1).

Manifestó que el Departamento del Cauca a través de varios contratos, “mal llamados de administración”, cedió a título gratuito el uso y goce de las instalaciones de la Unidad Deportiva denominada La Villa Olímpica a COMFACAUCA, con el fin de que ésta desarrollara programas de deporte y recreación social, sin que esto implique a su favor algún tipo de lucro en la utilización de dicho bien.

Afirmó que la gratuidad del referido contrato no vulnera el interés social y, por el contrario, ha beneficiado directamente a la comunidad, la cual ha disfrutado de las instalaciones deportivas, a pesar de que la ejecución del mismo ha sido deficitaria para COMFACAUCA, dado que la administración, conservación y mantenimiento de dichas instalaciones representan una cuantiosa carga económica que no es equivalente con los ingresos percibidos por concepto de entrada de usuarios, lo que implica que COMFACAUCA subsidia un servicio público, recreativo y deportivo.

Agregó que no puede hablarse de desequilibrio contractual, toda vez que, de una parte, las obligaciones y contraprestaciones fijadas han sido fruto de la autonomía de la voluntad con el fin de prestar un servicio público recreativo y, de otra parte, COMFACAUCA no percibe ningún tipo de utilidad por dicho servicio, sumado a que el pago de los impuestos por parte del Departamento se ve compensado con las excelentes instalaciones deportivas colocadas a disposición de los ciudadanos.

Adujo que el contrato celebrado no es el de concesión, por cuanto del tenor literal de los convenios celebrados no se desprende la obligación por parte del contratista de construir escenarios deportivos; por el contrario, estos fueron entregados con el único fin de ser administrados, conservados y devueltos al finalizar el término fijado, todo lo cual implica que no era necesario realizar un proceso concursal para su adjudicación.

Aseveró que el elemento de gratuidad que gobierna el contrato se ve claramente reflejado en el cobro que realiza la Caja a los usuarios, cuyo monto no supera los \$1.300 y que les da derecho al uso de las locaciones deportivas sin importar la condición social.

Añadió que de conformidad con los estados de ingresos y egresos de Villa Olímpica efectuado durante los años 2000 a 2005, la Caja de Compensación Familiar del Cauca registra un déficit de \$1.549.024.354, discriminados así:

“Año 2000	-\$129.504.685
Año 2001	-\$342.992.670
Año 2002	-\$297.809.584
Año 2003	-\$281.746.154
Año 2004	-\$325.626.615
En lo corrido del año 2005	-\$171.344.646”

Dedujo de lo anterior que COMFACAUCA ha subsidiado a favor de la ciudadanía el complejo deportivo, desdibujándose el ánimo de lucro sostenido por el actor, razón por la que de seguirse el criterio señalado por el demandante, el Departamento del Cauca tendría que efectuar varias erogaciones económicas a favor de la citada Caja para restablecer el tan cuestionado “equilibrio económico” y no a la inversa.

Finalmente, concluyó que el contrato de comodato celebrado entre el Departamento del Cauca y COMFACAUCA cumplió con todos los requisitos legales.

5. La audiencia de pacto de cumplimiento

El 15 de septiembre de 2005 se celebró audiencia especial de pacto de cumplimiento (fls. 88 y 89 c1) la cual se declaró fallida por no existir ánimo conciliatorio.

6. Alegatos de conclusión

6.1 El actor popular expuso que la Caja de Compensación Familiar del Cauca es una persona jurídica de derecho privado cuyo fin es la promoción social entre patronos y trabajadores, procurando la defensa y unidad de la familia y que el

patrimonio de la referida Caja está constituido por las cuotas periódicas que cancelan los afiliados y por los rendimientos económicos que obtienen por la realización de sus actividades.

Así argumentó que los afiliados de la Caja son los únicos y directos beneficiarios de las instalaciones existentes en Villa Olímpica; en otras palabras, un ente privado beneficia a sus afiliados y les otorga subsidios para el desarrollo de actividades deportivas a través de la explotación de bienes del Departamento del Cauca, sin que éste reciba una contraprestación directa, por el contrario, asume y paga el impuesto predial de dichos inmuebles.

Señaló que no es lógico que un ente de derecho privado suscriba contratos con el fin de administrar unos terrenos destinados a la recreación y al deporte, si ésta actividad le reporta un déficit fiscal tan grande como el planteado por el apoderado de la Caja en la respectiva contestación de la demanda.

Agregó que desde el año de 1990 la Caja de Compensación Familiar del Cauca ha venido insistiendo en la posibilidad de que a los beneficiarios de los diferentes escenarios deportivos se les debe aplicar las normas que atañen a las Cajas de Compensación y Subsidio Familiar, las cuales se aplican exclusivamente a los trabajadores afiliados a las Cajas de Compensación, motivo por el cual no es posible extender dichos beneficios a un particular ajeno a las mismas.

Reiteró que el contrato celebrado es de concesión dado que la Gobernación entregó un bien inmueble a COMFACAUCA para que este lo explote, posibilitándole la ejecución de inversiones en beneficio de la Unidad Deportiva; además la Caja tiene la obligación de devolverle al Departamento del Cauca el inmueble, una vez terminado el período fijado en el contrato, con todas las mejoras y obras efectuadas.

Concluyó que los bienes que conforman el complejo deportivo Villa Olímpica, en vez de ser una carga fiscal para el Departamento, a través del pago del impuesto predial, deben ser explotados a través de la suscripción de contratos a título oneroso que, de una parte, le permitan al Departamento obtener ingresos que garanticen el pago de la deuda o capitalización de sus cuentas propias y, de otra parte, ayude al pago de los gastos de funcionamiento de dicho complejo.

6.2 El Departamento del Cauca señaló que los bienes inmuebles sobre los cuales funciona Villa Olímpica cumplen una función social de recreación y de esparcimiento deportivo que propician la integración familiar.

Agregó que el Departamento no ha suministrado recursos para la prestación de los servicios ya referidos, con lo que se comprueba que no existe detrimento del patrimonio público e insistió en que el contrato suscrito es de comodato e *intuitu personae* debido a que garantiza la prestación de un servicio social y porque el Departamento no se desprende de la titularidad del dominio sobre los referidos bienes.

6.3 La Caja de Compensación Familiar del Cauca - COMFACAUCA presentó en forma extemporánea escrito de alegatos de conclusión.

6.4 El Agente del Ministerio Público señaló que del material probatorio obrante en el expediente no se deduce vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda, razón por la cual estimó que debían negarse las pretensiones.

Señaló que de la lectura de las cláusulas contractuales se concluye que se suscribió un contrato de comodato, sin ánimo de lucro, por un término de 5 años prorrogables automáticamente por un lapso igual, para el desarrollo de programas de deporte y recreación social, asumiendo COMFACAUCA los gastos de administración y mantenimiento.

Añadió que de conformidad con los artículos 2200 del Código Civil y 38 de la Ley 9 de 1989, las entidades estatales tienen la facultad de celebrar contratos de comodato con el fin de prestar un servicio a la comunidad.

Respecto de la no retribución económica a favor del Departamento del Cauca precisó, de una parte, que el contrato celebrado es de naturaleza gratuita cuya finalidad no es la de obtener un lucro sino la de prestar un servicio a la comunidad y, de otra parte, que los ingresos obtenidos de los usuarios, al cancelar la entrada al complejo deportivo, son destinados a sufragar los costos de administración y mantenimiento sin que se generen ganancias a favor de COMFACAUCA; por el contrario, encuentra que al verificar el cuadro de ingresos y egresos de los años 2000 a 2005, muestra pérdidas económicas a su cargo.

Finalmente, afirmó que el Departamento del Cauca tiene la obligación de cancelar el impuesto predial de los inmuebles que engloban el complejo deportivo, por ser el titular del derecho de dominio y porque es “...razonable que efectúe dicho pago como contraprestación al servicio que está dando Comfacauca a la comunidad, servicio que se estima difícilmente podría brindar directamente el ente territorial...”.

7. La providencia impugnada

En Sentencia de 7 de febrero de 2006, el a quo negó las súplicas de la demanda por cuanto consideró que la naturaleza jurídica del contrato suscrito entre el Departamento del Cauca y la Caja de Compensación Familiar del Cauca - COMFACAUCA, de conformidad con las cláusulas que lo rigen, es la de un contrato de administración, del cual no se deriva vulneración al principio de transparencia dado que, de una parte, el ordenamiento garantiza que la contratación se efectúe de manera directa por ser un contrato *intuito personae* y a título gratuito y, de otra parte, porque el objeto del mismo es el de efectuar la administración de un bien sin que esto implique contraprestación alguna a favor del contratante, pues el Departamento entregó un bien inmueble, con el fin de que cumpla una función social, a través de la administración realizada por COMFACAUCA, cuyos ingresos los destina al mantenimiento, conservación y sostenimiento del mismo.

Señaló que no puede exigírsele al contratista que participe al Departamento de las utilidades que “eventualmente” obtenga respecto de la administración del complejo deportivo Villa Olímpica, por cuanto los recaudos efectuados por COMFACAUCA tienen un objeto específico que se circunscribe a la conservación del complejo y además porque se encontraba demostrado que dicha administración no había aumentado las arcas del contratista, sino, al contrario, le ha generado un déficit.

Agregó que el Departamento del Cauca tiene la obligación de cancelar el impuesto predial por ser el titular del derecho de dominio del bien inmueble y por ser el Municipio el destinatario y beneficiario del mismo.

Sostuvo que no existe dentro del proceso algún elemento que circunscriba el comportamiento del ente territorial o de la entidad de derecho privado sin ánimo de lucro como vulnerante de los derechos colectivos invocados.

Por último, manifestó que no es posible solicitarle a COMFACAUCA el pago de un canon de arrendamiento a favor del Departamento, por cuanto no se está en presencia de un contrato de arrendamiento sino de un contrato de administración, como tampoco es viable ordenar la novación a cualquier otra relación jurídica pues el contrato es ley para las partes y sería onerosa la cuantificación del beneficio colectivo que genera para la comunidad la existencia de un sitio recreativo que pocas ciudades del país poseen.

10. Razones de la impugnación

Contra la decisión del a quo, el actor popular interpuso recurso de apelación, el cual fundamentó en que efectuó una indebida valoración de las pruebas obrantes dentro del proceso, al aceptar como legítima la relación jurídica existente entre el Departamento del Cauca y COMFACAUCA.

Reiteró que el contrato suscrito para la “administración” de cuatro terrenos de propiedad del Departamento del Cauca, es el de obra y/o concesión y no el de administración o comodato.

Al respecto puntualizó lo siguiente: i.) El Departamento entrega los bienes inmuebles a COMFACAUCA con el fin de que ésta realice la conversión de los mismos a través de la creación, implementación y diseño de escenarios deportivos, razón por la cual no puede concluirse que se entrega la administración de algo que no existe y que por el contrario debe construir el contratista; ii.) El Departamento del Cauca desconoció la preceptiva Constitucional que prohíbe favorecer a terceros con bienes del erario, infringiendo además la Ley 550 de 1999, al suscribir un acuerdo de reestructuración de pasivos con la única finalidad de garantizar sus obligaciones monetarias y adquirir a la postre el respectivo saneamiento fiscal; iii.) No se aprobó por parte de la Asamblea Departamental del Cauca la ordenanza que autorizara la celebración de dichos contratos; iv.) Los bienes entregados por parte del Departamento a COMFACAUCA configuran un auxilio, por la naturaleza jurídica y el objeto social de la Caja, lo que está prohibido por la ley; v.) La Caja ofrece el servicio de recreación y deporte a sus afiliados en razón a los aportes realizados por éstos a una tarifa preferencial en relación con terceros que pagan una tarifa establecida, lo que le genera utilidades, y vi.) Es contradictoria la posición de la Caja al afirmar que la administración de los bienes

en comento le produce pérdidas, cuando a la vez efectúa la gestión necesaria para adquirir en el año de 1995 otro terreno del Departamento, para ampliar la cobertura en el servicio del deporte y la recreación.

Adujo que el último terreno entregado a COMFACAUCA no cuenta con la infraestructura adecuada para la prestación del servicio deportivo, razón por la cual el contratista tuvo que cercar el terreno entregado con su propio peculio, lo que configura uno de los elementos propios del contrato de concesión.

Aseveró que la administración no denomina los contratos suscritos con COMFACAUCA como de concesión, con el único fin de evitar el cumplimiento de las exigencias y formalidades contenidas en la Ley 80 de 1993, beneficiando de esta forma al contratista.

11. Alegatos en segunda instancia

Las partes y el Ministerio público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala confirmará la providencia apelada del Tribunal *a quo*, pero por motivos diferentes, para lo cual se ocupará del análisis de los siguientes temas: 1) Cuestión previa: 1.1. Objetivo del recurso de apelación; 1.2. Procedencia de la acción popular en materia de contratación estatal. 2) Cuestión de fondo: 2.1. Lo demostrado frente al caso concreto; 2.2. Los bienes de dominio público y la naturaleza jurídica del inmueble objeto del contrato de administración 001 de 2005; 2.3. La naturaleza del Contrato 001 de 2005 celebrado por los demandados: 2.3.1. El contrato de comodato de bien inmueble de la administración, 2.3.2. Los contratos para impulsar y apoyar programas y actividades de interés público; 2.3.3. Tipología y régimen jurídico del contrato; 2.4. La definición de la existencia o no de vulneración a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público; y 3) Conclusión.

1) CUESTIÓN PREVIA

1.1 Objetivo del recurso de apelación

Según la demanda interpuesta, el actor persigue con la presente acción popular la protección a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, previstos en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, los que estima vulnerados o amenazados por el Departamento del Cauca y la Caja de Compensación Familiar del Cauca - COMFACAUCA, con ocasión de la celebración por parte de éstos de un contrato de administración sobre unos terrenos que hacen parte del predio denominado Villa Olímpica, que no le reporta al departamento ningún beneficio periódico, permanente o actual, lo cual constituye un abuso de la función administrativa y corrupción administrativa, para favorecer a un particular en desmedro del patrimonio público.

El A quo negó las súplicas de la demanda al considerar que la suscripción del contrato de administración sobre el mencionado predio no constituye una actuación irregular del ente territorial o de la entidad de derecho privado sin ánimo de lucro que vulnere los derechos colectivos invocados, teniendo en cuenta su naturaleza *intuito personae* y de negocio jurídico gratuito, así como su finalidad social y el beneficio colectivo que genera para la comunidad la existencia del sitio recreativo que funciona en el mismo.

De acuerdo con el recurso de apelación, la inconformidad del actor popular con la sentencia de primera instancia surge, porque, en su sentir, se realizó una indebida valoración de las pruebas del proceso, al aceptar como legítima la relación jurídica existente entre el Departamento del Cauca y COMFACAUCA, como quiera que el contrato suscrito es de obra o concesión y no de administración o comodato, denominaciones que se omiten con el único fin de evitar el cumplimiento de las exigencias y formalidades contenidas en la Ley 80 de 1993, otorgando así un auxilio al contratista al beneficiarlo con un bien del erario, dado que por su explotación percibe utilidades producto del cobro de unas tarifas a terceros diferentes a sus afiliados.

Planteada así la materia en concreto objeto de esta instancia, para desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, previo análisis de la procedencia de la acción popular en materia de contratación estatal, la Sala

verificará lo demostrado frente al caso concreto¹, abordará el estudio de la naturaleza y clasificación de los bienes de dominio público y del contrato de comodato de la administración y, posteriormente definirá la existencia o no de vulneración o amenaza o peligro a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público.

1.2. Procedencia de la acción popular en materia de contratación estatal

Como en este caso la demanda concreta la conducta vulnerante de los derechos colectivos cuyo amparo reclama en un contrato de la administración departamental del Cauca, es conveniente precisar si resulta procedente la acción popular a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial.

En primer término se ha de señalar que las acciones populares tienen como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, ya sea evitándose el daño contingente o haciendo cesar el peligro, la amenaza, agravio o vulneración o, en la medida de lo posible, restituyendo las cosas a su estado anterior, lo cual se logra a través de la efectividad de las medidas y correctivos implementados por las autoridades.²

Esta acción constitucional tiene el *carácter de autónoma* y, por ende, no es residual o supletiva; el Legislador se encargó de establecer tal autonomía según se desprende de la lectura armónica de los artículos 1³, 2⁴, 9⁵ y 34 de la Ley 472 de 1998⁶, todos ellos en perfecta consonancia con el querer del Constituyente,

¹ El acervo probatorio en el presente proceso está constituido fundamentalmente por prueba documental, la cual se estudiará a la luz de los artículos 251 y ss. del Código de Procedimiento Civil, en especial, en cuanto a su alcance probatorio. Por ende, no sobra advertir que para la decisión de este asunto se analizará el mérito de las pruebas documentales aportadas en copia auténtica, dentro de las oportunidades procesales.

² CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera. Expediente No. AP-55 de 13 de julio de 2000.

³ Según las voces del artículo 1 de la Ley 472 de 1998 “[e]stas acciones están orientadas a garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos...”

⁴ Conforme al artículo 2 de la Ley 472 de 1998 estas acciones son “los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos” y añade que se “ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”

⁵ Según lo imperado por el artículo 9 de la ley 472 de 1998 las acciones populares “proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos.”

⁶ DIARIO OFICIAL, Año CXXXIV, N.43357, 6 de agosto de 1998, Pág. 9. La ley 472 entró a regir un año después de su promulgación al tenor de su artículo 86.

expresado en los siguientes términos en los antecedentes históricos del artículo 88 Constitucional:

“(...) la dimensión e importancia de los derechos colectivos se evidencia cuando se vulneran o se desconocen los intereses que ellos encarnan, ya que, en tales circunstancias, se produce un agravio o daño colectivo. Así acontece, por ejemplo, cuando se afectan de manera negativa el medio ambiente y los intereses de los consumidores. La lesión resultante perjudica, con rasgos homogéneos, a un conjunto o a todos los miembros de la comunidad, y, por tanto, rebasa los límites de lo individual.

“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 (...).

“Como se infiere de todo lo expuesto, las acciones populares han tenido una significativa acogida en los proyectos y propuestas de reforma constitucional, especialmente en aquellos que consagran derechos colectivos. Es esta una indicación clara de que tales acciones constituyen, ciertamente, un instrumento eficaz para la aplicación de dichos derechos

“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”⁷

Carácter principal y no subsidiario de la acción popular que, a partir del marco constitucional y legal, ha reconocido esta Corporación:

“(...) su titularidad radica en un colectivo debido a su carácter ‘supraindividual’, dando lugar a una legitimación colectiva que se otorga a un individuo como miembro de una colectividad afectada (Art.12 ley 472 de 1998) (...)

“De suerte que, a diferencia de lo que sucede con la acción de tutela (Art. 86 C.N.), la protección de los derechos colectivos por vía popular no es excepcional y por lo mismo se constituye en instrumento idóneo para la defensa de los mismos, en un plano distinto al individual, vale decir, desde su perspectiva abstracta y no concreta (...).

⁷ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Informe de ponencia para primer debate sobre derechos colectivos, Ponentes Iván Marulanda, Guillermo Perry, Jaime Benítez, Angelino Garzón, Tulio Cuevas y Guillermo Guerrero, en Gaceta Constitucional No. 46, Bogotá, lunes 15 de abril de 1991, Pág. 21 y 25. Vid. igualmente Gaceta Constitucional No. 58, Bogotá, miércoles 24 de abril de 1991, pág. 6.

“Y la acción popular no es subsidiaria sino principal debido a que la existencia de otros medios de defensa no la hace improcedente, pues es principal e independiente de otras acciones”⁸.

En este sentido, cabe mencionar que los contratos estatales no escapan al ámbito de la acción popular, cuando con ocasión de los mismos resulten amenazados o vulnerados los derechos colectivos, toda vez que en ellos está contenida la actividad del Estado⁹, en tanto son celebrados por las entidades públicas para cumplir los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (artículo 3 de la Ley 80 de 1993), llevan ínsito el principio de legalidad, tienen la impronta del interés general y son expresión del ejercicio de la función administrativa (art. 209 de C.P.).

Es decir, no se discute la procedencia de este medio procesal cuando la conducta vulnerante del derecho o interés colectivo es un contrato estatal, toda vez que se trata del mecanismo idóneo para la protección de los derechos e intereses colectivos, con independencia de la naturaleza de la conducta vulnerante.

A tal conclusión se arriba sin mayor dificultad al revisar el contenido de los artículos 9, 15, ordinal b) del 18 e inciso segundo del 40 de la Ley 472, los cuales señalan genéricamente y de forma reiterativa que estas acciones proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, sin circunscribir a determinada categoría de actuación su procedencia.

En efecto, se desprende de estas disposiciones inicialmente cuando consagra su procedencia frente a toda acción u omisión de las autoridades públicas, criterio que se reitera al atribuirle competencia a esta Jurisdicción para el conocimiento de

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 10 de febrero de 2005, Rad: 25000-23-25-000-2003-00254-01, Actor: Exenober Hernández Romero, Referencia: AP – 00254, C.P. María Elena Giraldo Gómez. En el mismo sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Auto de 24 de mayo de 2001, Exp. AP 076, C.P. Olga Inés Navarrete y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 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 En el mismo sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. AP-166, Sentencia de 17 de junio de 2001, C.P. Alíer E. Hernández Enríquez y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de octubre de 2005, Actor: Procuraduría General de la Nación, Demandada: Amadeo Tamayo Morón, Rad: 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01, C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁹ Entendido, como negocio jurídico de la administración -expresión nítida del principio de la autonomía de la voluntad, esto es, un acto en el que una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, o como acuerdo entre ellas para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica (artículos 1494 del Código Civil y 864 del Código de Comercio), que en materia de contratación estatal está previsto actualmente en los artículos 13, 23, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, en consonancia con el artículo 8 del Decreto 679 de 1994.

aquellas que provienen de la acción u omisión de las entidades públicas; y luego al indicar los requisitos de la demanda, cuando también en referencia genérica exige la indicación de los hechos, actos, acciones u omisiones que dan lugar a la acción, actuaciones estas en las cuales, sin duda, tiene cabida la celebración de un contrato estatal, como acto jurídico generador de obligaciones. En suma, de estas normas se infiere que un contrato estatal puede ser causante de una vulneración de un derecho o interés colectivo y que frente a esas situaciones el juez cuenta con unas atribuciones muy amplias para hacer cesar esa vulneración o amenaza.

Además, entre los derechos colectivos objeto de protección a través de las acciones populares se encuentra consagrado el de la moralidad administrativa en el ordinal b) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, el cual está estrechamente relacionado con uno de los principios orientadores de la función administrativa como es el de la moralidad. Precisamente, en relación con la contratación estatal, el artículo 40 *ibídem*¹⁰ reconoce la procedencia de la acción popular en ésta materia, específicamente en lo referente a la protección del derecho a la moralidad administrativa, que, como se anotó, también constituye uno de los principios que orientan el ejercicio de la función pública, lo cual implica que los funcionarios que tienen a su cargo el manejo de dineros públicos tienen el deber de velar por la transparencia en la administración y distribución de los mismos para la satisfacción de las necesidades colectivas, que constituyen el fin primario de todo estado de derecho habida consideración al hecho de que su cobertura implica la obtención del beneficio general.

De otra parte, el artículo 95 de la Constitución Política consagra en su numeral 9 el deber de todos los ciudadanos de contribuir al financiamiento de las inversiones y gastos que efectúa el Estado dentro de los parámetros de equidad y justicia, teniendo el derecho correlativo a reclamar a los funcionarios claridad en su manejo y correcta destinación en todas las actividades donde se afecte el patrimonio

¹⁰ "Artículo 40. Incentivo económico 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.

público, derecho que ha sido reconocido por la Corte Constitucional, con ocasión del estudio de constitucionalidad del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, así:

“Constituye cabal desarrollo de la Carta Política, pues la prevalencia del interés general (Art. 1º.); la proclamación de un orden justo (Art. 2º.) y la vigencia de los principios axiológicos que en el Estado Social de Derecho guían la contratación pública, como modalidad de gestión que compromete el patrimonio y los recursos públicos, cuya intangibilidad las autoridades están obligadas a preservar (arts. 209) hacen, a todas luces, necesario que el legislador adopte mecanismos idóneos para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los responsables de la contratación estatal, con miras a la recuperación de la totalidad de las sumas que se desvían del patrimonio público, a causa de la corrupción administrativa, en materia de contratación pública.

“Es de todos conocido que la corrupción administrativa es uno de los más devastadores flagelos que carcomen el patrimonio público, y que ésta ha encontrado terreno fértil principalmente en el campo de la contratación pública, en el cual ha alcanzado en el último tiempo niveles insospechados, y que, por esa vía, cuantiosísimos recursos públicos resultan desviados de la inversión pública social, con grave sacrificio para las metas de crecimiento económico y de mejoramiento de las condiciones de vida de la mayoría de los colombianos”¹¹.

Igualmente, en concordancia con lo anterior, el numeral 4 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 prevé que las actuaciones de los servidores públicos se sujetarán, de una parte, a las reglas sobre administración de los bienes ajenos y, de otra parte, a los postulados y mandatos que rigen una conducta ajustada a la justicia y a la ética.

Por consiguiente, del contenido del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, en armonía con las mencionadas disposiciones constitucionales y legales, también es claro que el ordenamiento jurídico reconoce que se puede vulnerar los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público con la celebración de contratos estatales, como que en él se indica que los sobrecostos e irregularidades provenientes de la contratación son pasibles de la referida ley.

En conclusión, la adjudicación, celebración, ejecución y liquidación de los contratos configura una típica acción de la Administración (función administrativa) que puede amenazar o causar agravio a derechos o intereses colectivos y en esa medida es válido concluir que son generadores de la acción popular (inciso

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-088 de 2 de febrero de 2000.

segundo del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, en consonancia con los artículos 9, 15 y 18 de la misma ley).

Así las cosas, es posible estudiar si la actuación contenida en el Contrato de Administración No. 001 2005, suscrito entre el Gobernador del Departamento del Cauca y la Caja de Compensación Familiar del Cauca - COMFACAUCA presuntamente ilegal por violar normas de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, vulnera o amenaza los derechos colectivos invocados en la demanda.

2) CUESTIÓN DE FONDO

Despejado el tema de la procedencia de la acción popular en lo que corresponde a las pretensiones tendientes a salvaguardar intereses colectivos con ocasión a contratos estatales, el análisis del caso se extenderá a la determinación de la vulneración o amenaza del derecho colectivo a la moralidad administrativa y el patrimonio público, el cual, en conformidad con el recurso de apelación y siguiendo los lineamientos planteados en la demanda desde la *causa petendi*, el accionante en ésta etapa procesal considera vulnerado por parte el Departamento del Cauca y COMFACAUCA, en relación con las siguientes actuaciones irregulares:

i) La celebración por parte de estos de un contrato de administración sobre unos terrenos departamentales del predio denominado Villa Olímpica, con omisión de las exigencias y formalidades contenidas en la Ley 80 de 1993, para beneficiar a la citada caja.

ii) La falta de estipulación en el contrato de una contraprestación onerosa a favor del Departamento, que origina un desequilibrio contractual dado que el Departamento paga el impuesto predial respecto del inmueble Villa Olímpica, lo que se constituye en una carga adicional en cabeza del Departamento, el cual no percibe ningún tipo de ganancia o beneficio.

En este orden de ideas, la Sala observa:

2.1. Lo demostrado frente al caso concreto

Dentro del proceso quedaron debidamente acreditadas las siguientes circunstancias particulares y relevantes en el caso *sub iudice*:

2.1.1. Que entre el Departamento del Cauca y la Caja de Compensación Familiar del Cauca COMFACAUCA se han suscrito varios contratos de administración de la unidad deportiva Villa Olímpica (terreno e instalaciones), de propiedad del Departamento (certificado de tradición y libertad a fl. 2 y listado de propiedad de bienes del Departamento del Cauca fl. 5 cd. pruebas), con un área aproximada de 38.033,23 metros cuadrados, ubicado en el sector norte de la ciudad de Popayán, en la Calle 18N, Carrera 15 esquina, a saber: i) Contrato del 6 de agosto de 1990; ii) Contrato del 12 de agosto de 1998; iii) Otros si de 19 de septiembre de 1995, 24 de octubre de 1995, 26 de agosto de 1998 y sin día del año 2000; y iv) Contrato No. 001 de 2005, con el propósito de desarrollar programas de deporte y recreación social, asumiendo la Caja los gastos de administración y mantenimiento que se causen.

La existencia de estos contratos se encuentra demostrada con las copias íntegras y auténticas de los mismos que obran en el expediente, remitidas por la Oficina de Asistencia Jurídica de la Gobernación del Cauca por solicitud del Tribunal *a quo* y a instancia del actor (fls. 7 a 21 C. pruebas).

2.1.2. Que actualmente el contrato de administración vigente de la Unidad Deportiva Villa Olímpica entre el Departamento del Cauca y la Caja de Compensación Familiar del Cauca COMFACAUCA corresponde al No. 001 de 4 de enero de 2005, de cuyo clausulado según consta en las copias auténticas allegadas (fls. 8 a 10 cd. pruebas), se destacan las siguientes estipulaciones:

“PRIMERA- El contratista se obliga por su cuenta y riesgo a administrar el lote con matrícula catastral No. 010201870003000, de propiedad del Departamento, ubicado en el sector norte de la ciudad de Popayán, en la Calle 18N, carrera 15 esquina, Barrio Campamento, que se denominará UNIDAD IV DE LA VILLA OLIMPICA, con un área aproximada de 38.033,23 metros cuadrados, comprendido dentro de los siguientes linderos: (...)”

“SEGUNDA.- EL CONTRATISTA utilizará el terreno objeto del presente contrato, para desarrollar programas de deporte y recreación social, asumiendo los costos de administración y mantenimiento que se causen.

“TERCERA.- PLAZO.- El término de duración del presente contrato será de CINCO (5) años, contados a partir del (1) PRIMERO DE ENERO DE 2005; este plazo será prorrogado automáticamente por periodos de CINCO (5) años, salvo que las partes acuerden no prorrogarlo.

“CUARTA.- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA.- El contratista se obliga: a) Al pago de salarios y prestaciones sociales de los trabajadores al servicio exclusivo del CONTRATISTA, pues es de su exclusiva responsabilidad, quedando desde ahora el DEPARTAMENTO indemne frente a las reclamaciones laborales por dicho personal. b) A la conservación y mantenimiento por todo término que dure el contrato de todos los bienes que integran la Unidad. c) Al pago de los servicios de acueducto y alcantarillado, energía eléctrica, teléfono, aseo y demás servicios que se causen en adelante (...). d) Entregar al finalizar el contrato en buen estado el inmueble con todas sus anexidades y mejoras.

“QUINTA.- INTERVENTORIA: EL DEPARTAMENTO ejercerá la interventoría de este contrato con el objeto de verificar el debido cumplimiento de las obligaciones que asume EL CONTRATISTA y la adecuada ejecución del objeto del contrato. (...).”

“SEXTA. PROPIEDAD DE LOS BIENES Y MEJORAS.- Al término de este contrato, las construcciones levantadas y mejoras que existen en el terreno serán propiedad de EL DEPARTAMENTO y deberán ser entregadas en buen estado de funcionamiento. EL CONTRATISTA se obliga a solicitar autorización al DEPARTAMENTO antes de ejecutar cualquier mejora sobre la cual deberá pactarse en escrito separado.

“SEPTIMA.- RESPONSABILIDAD POR LOS BIENES.- EL CONTRATISTA será responsable de la pérdida o deterioro del bien, salvo el deterioro normal por su uso normal o la pérdida o daño por caso fortuito o fuerza mayor (...).

“OCTAVA.- AUSENCIA DE ANIMO DE LUCRO.- El presente contrato es de naturaleza gratuita, las partes contratantes voluntariamente aceptan que los fines perseguidos a través de las cláusulas del mismo son para beneficio social y sin ánimo de lucro. En consecuencia, EL CONTRATISTA se obliga a permitir el acceso tanto del público en general como de sus afiliados, de acuerdo con las normas que regulan las Cajas de Compensación Familiar y las establecidas por la Superintendencia del Subsidio Familiar y a no variar el uso y destinación del terreno que recibe en administración según el presente documento. PARAGRAFO.- Los ingresos provenientes del cobro de tarifas serán utilizados por EL CONTRATISTA en la recuperación de los gastos de administración, conservación y sostenimiento del mismo.

“(...)

“DÉCIMA. GARANTÍAS.- EL CONTRATISTA deberá otorgar a favor del DEPARTAMENTO, una garantía única de cumplimiento que asegure las obligaciones emanadas del contrato (...).

“(...)

“DÉCIMA SEGUNDA.- Para el perfeccionamiento y legalización del presente contrato se requiere la firma de las partes y la publicación del mismo en la Gaceta Departamental...”

2.1.3 Que la Caja de Compensación Familiar del Cauca - COMFACAUCA, tiene por naturaleza jurídica la de una entidad privada sin ánimo de lucro, goza de personería jurídica, está organizada como Corporación y cumple funciones de seguridad social. Así consta en la certificación expedida el 13 de junio de 2005 por el Jefe de División Legal de la Superintendencia del Subsidio Familiar (fl. 30 C-1 donde reposa el original) y en los estatutos aportados con la contestación de la demanda por COMFACAUCA (copias a fls. 31 a 48), en los cuales se lee:

“ARTÍCULO 1º- Con el nombre de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL CAUCA, que en adelante se denominará LA CAJA, funciona una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro, organizada como Corporación, en la forma contemplada en el Libro Primero, Título 36 del Código Civil con observancia del Capítulo 5º. Artículo 39 de la Ley 21 del 22 de enero de 1.982, Corporación que tiene personería jurídica reconocida (...).

“ARTICULO 2º. LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL CAUCA, cumple funciones de seguridad social y se halla sometida al control y vigilancia del Estado (...).

“ARTÍCULO 3º. El objeto de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL CAUCA, es la promoción de la seguridad social entre patronos y trabajadores atendiendo a la defensa y unidad de la familia, como estructura y núcleo social desde el punto de vista del cumplimiento de los deberes de los miembros, de su preparación para la vida y de su protección económica, por medio del otorgamiento del subsidio en dinero, especie y obras de servicio social para que LA CAJA realice mediante distintos programas de Seguridad Social, que la Ley permite en pro de ‘una justa integración social’.

“LA CAJA podría ejecutar con otras Cajas o mediante vinculación con organismos o entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de seguridad social, programas de servicios, dentro del orden de prioridades señaladas por la ley.

“ARTÍCULO 4º. LA CAJA tiene carácter permanente y su duración es indefinida (...).”

2.1.4 Que de conformidad con los estados de ingresos y egresos de Villa Olímpica, para los años 2000 a 2005, la Caja de Compensación Familiar del Cauca registró un déficit de \$1.549.024.354, así:

Año 2000	-\$129.504.685
Año 2001	-\$342.992.670
Año 2002	-\$297.809.584
Año 2003	-\$281.746.154
Año 2004	-\$325.626.615
Año 2005	-\$171.344.646

Cifras que se constatan en el documento suscrito por Contador Público (José Daniel García, con T.P. 44834) allegado con la contestación de la demanda (original visible a fls. 49 a 66 C ppal), el cual no fue objeto de tacha de falsedad y, por lo tanto, se reputa auténtico, en atención al valor que a este tipo de documentos que cuentan con la atestación o firma de contador público, otorga la Ley 43 de 1990 (artículo 10), según el cual se presume, salvo prueba en contrario, que el acto respectivo se ajusta a los requisitos legales, es decir, que su contenido está revestido de veracidad acerca de los hechos que en él se hacen constar.¹²

Por último, cabe señalar que no se demostró el pago del impuesto predial sobre el inmueble Villa Olímpica, dado que el actor acompañó a la demanda copia simple de un desprendible de pago (fl. 1 cd. ppal), carente de valor probatorio en los términos del artículo 254 del C. de P. C., y fundamentalmente porque si bien el Tribunal a quo solicitó a la Secretaría de Hacienda del Municipio de Popayán la relación de los pagos efectuados por predios entregados a COMFACAUCA, dicha oficina le contestó en comunicación de fecha 13 de octubre de 2005 que no le era posible sin la identificación del bien (fl. 3 cd. pruebas).

2.2. Los bienes de dominio público y la naturaleza jurídica del inmueble objeto del contrato de administración 001 de 2005

Como quiera que el contrato de administración cuya ilegalidad se discute tiene por objeto la disposición de un bien inmueble del que es titular el Departamento del Cauca, importa conocer dentro del marco de los bienes públicos¹³ y su

¹² El texto del artículo de la Ley 43 de 13 de diciembre de 1990, por la cual se adiciona la Ley 145 de 1960, reglamentaria de la profesión de Contador Público, es como sigue: "ARTICULO 10. DE LA FE PÚBLICA. La atestación o firma de un Contador Público en los actos propios de la profesión hará presumir, salvo prueba en contrario, que el acto respectivo se ajusta a los requisitos legales, lo mismo que a los estatutarios en el caso de personas jurídicas. Tratándose de balances se presumirá además, que los saldos se han tomado fielmente de los libros, que estos se ajustan a las normas legales y que las cifras registradas en ellos reflejan en forma fidedigna la correspondiente situación financiera en la fecha del balance. PARAGRAFO. Los Contadores Públicos, cuando otorguen Fe Pública en materia contable se asimilarán a funcionarios públicos para efectos de las sanciones penales por los delitos que cometieren en el ejercicio de las actividades propias de su profesión, sin perjuicio de las responsabilidades de orden civil a que hubiere lugar conforme a las leyes."

¹³ En la Constitución Política y en la legislación civil, se pueden distinguir dos tipos de bienes sujetos a regímenes jurídicos diferentes: i) los colectivos o públicos y ii.) los individuales o particulares que son del dominio privado. La Corte Constitucional, en Sentencia T-566 de 1992 (M.P. Alejandro Martínez Caballero, realizó las siguientes consideraciones respecto de estas clases de bienes y su titularidad:

1. Propiedad Privada: que bien puede ser Individual (art.58) o Colectiva (arts.329, 58 inciso 3º, 55 y 64).

2. Propiedad Estatal (art. 332) Son del Estado: i) el subsuelo y los recursos naturales no renovables de conformidad con el artículo 332 de la Constitución Política; ii) el mar territorial, iii) la zona contigua, iv) la plataforma continental, v) la zona

clasificación en cuál de ellos se ubica a fin de determinar su regulación jurídica y la libertad o restricciones que esta imponga o no en relación con su uso y los actos de disposición sobre los mismos.

2.2.1 Siguiendo la jurisprudencia de la Sala¹⁴, es menester señalar que los bienes de dominio público de los cuales toda la comunidad debe servirse según sus necesidades¹⁵, constituyen el conjunto de bienes destinados al desarrollo o cumplimiento de las funciones públicas del Estado o están afectados al uso común, tal como se desprende de los artículos 63, 82, 102 y 332 de la Constitución Política.

económica exclusiva; vi) el espacio aéreo, vii) el segmento de la órbita geoestacionaria, viii) el espectro electromagnético (CP art. 102); ix) así como los bienes que posee como propiedad privada, en iguales condiciones que los particulares (CP art. 58).

3. Dominio Público (arts. 63, 82, 102): Se distingue no por su titularidad sino por su afectación al dominio público, por motivos de interés general (CP art. 1º), relacionadas con: a) la riqueza cultural nacional, b) el uso público y c) el espacio público. Los bienes que deben comprenderse en el dominio público se determinan por las leyes que califican una cosa o un bien como de dominio público y por la concurrencia del elemento del destino o de la afectación del bien a una finalidad pública. La teoría de la afectación de los bienes de dominio público fue introducida por el legislador colombiano en el artículo 148 del Decreto 222 de 1983. (i) Bienes afectados al fomento de la riqueza nacional. Esta clase de bienes de dominio público está formada por los bienes que están afectos al fomento de la riqueza nacional. Por ejemplo: el patrimonio cultural, arqueológico e histórico. En este grupo se ubican los bienes de dominio privado o estatal destinados al uso público, como el caso de las fachadas de los inmuebles que poseen un valor histórico o arquitectónico, en los que el dominio es exclusivo de una persona, pero no pueden ser alterados por el valor que representan para la sociedad (artículo 9º de la Ley 9a de 1989). (ii) Bienes afectados al uso público. Esta categoría la integran en primer lugar, los bienes de dominio público por naturaleza, definidos en la ley como aquellos que reúnen determinadas condiciones físicas, como los ríos, torrentes, playas marítimas y fluviales, radas, entre otros y también los que siendo obra del hombre, están afectados al uso público en forma directa como los caminos, canales, puertos, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y cuidado sean de competencia de las autoridades locales. La enumeración que antecede no debe entenderse cerrada, sino ejemplificativa y abierta, dado que en la Ley 9 de 1989 y en el Código Civil se refieren a otros bienes análogos de aprovechamiento y utilización generales. Los bienes de uso público del Estado, tienen como característica ser inalienables, imprescriptibles e inembargables (artículo 63 de la Constitución Política). (iii) Bienes afectados al espacio público. La definición de los bienes del Estado destinados al uso público se encuentra en el artículo 9º de la Ley 9a de 1.989 que determina que los bienes de uso público hacen parte del concepto general de espacio público. Pero este concepto no es exclusivo de estos bienes, sino que abarca además bienes particulares que por su naturaleza, su uso o afectación están destinados a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes. Luego el espacio público es el género y el uso público, la especie. Aquél concepto subsume a éste. Este artículo reitera el concepto que ya se encontraba contenido en el artículo 166 del Decreto Ley 2324 de 1984, que dice que las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas, son bienes de uso público, por tanto intransferibles a cualquier título a los particulares, quienes sólo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la ley y las disposiciones del presente decreto, que no confieren título alguno sobre el suelo ni el subsuelo". Así pues, tanto la playa como la franja de bajamar son bienes de uso público y, por lo tanto forman, parte del espacio público.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencias de 16 de febrero de 2001, 16.596, y de 6 de julio de 2005, Exp. 12249 C.P. Alier E. Hernández Enriquez; Sentencia de 18 de marzo de 2004, Exp. AP 52001233100020021750-01, C.P. Germán Rodríguez Villamizar. En la primera sentencia la Sala confirmó la declaratoria de nulidad absoluta de un contrato de arrendamiento celebrado entre el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte y la Sociedad Hagamos Deportes y Eventos Ltda. sobre el inmueble denominado Parque Olaya Herrera.

¹⁵ NARANJO MESA, Vladimiro. "Teoría Constitucional e Instituciones Políticas". Séptima Edición. Editorial Temis. 1997. Bogotá D.C. Pag. 144.

De acuerdo con el artículo 674 del Código Civil¹⁶, los bienes de dominio público se clasifican en bienes fiscales o patrimoniales y en bienes de uso público, distinción que permite establecer sus diferencias en punto a su destinación, utilización y la regulación jurídica que le es propia a cada uno, aún cuando gozan de similar naturaleza en tanto se encuentran en cabeza o a cargo del Estado.

Los bienes fiscales o patrimoniales, son aquellos que pertenecen a sujetos de derecho público de cualquier naturaleza u orden y que, por lo general, están destinados al cumplimiento de las funciones públicas o servicios públicos, tales como los terrenos, edificios, fincas, granjas, equipos, enseres, acciones, rentas y bienes del presupuesto, etc., es decir, afectos al desarrollo de su misión y utilizados para sus actividades, o pueden constituir una reserva patrimonial para fines de utilidad común. Su dominio corresponde a la República, pero su uso no pertenece generalmente a los habitantes, de manera que el Estado los posee y los administra en forma similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad. Los mismos a su vez se pueden subdividir en bienes fiscales propiamente dichos y bienes fiscales adjudicables o baldíos¹⁷; estos últimos corresponden a los predios de la Nación que pueden ser adjudicados a las personas que reúnan las condiciones y requisitos establecidos en la legislación.

Dentro de las características de los bienes fiscales se encuentran:

a) Alienables: es decir, son enajenables y susceptibles de disposición en virtud de actos jurídicos (vender, donar, arrendar, hipotecar etc.) en conformidad con las normas fiscales y de contratación pública aplicables.

b) Embargables: por regla general pueden constituir prenda general de los acreedores, con excepción de los casos previstos en la ley, como por ejemplo: i) los previstos en los numerales 2, 3, y 4 del artículo 684 del Código de Procedimiento Civil, según los cuales los bienes destinados a un servicio público sólo podrán embargarse en una tercera parte; o solo es susceptible de esta medida respecto de las dos terceras partes de las rentas bruta anual de las

¹⁶ El artículo 674 del Código Civil dispone: "Se llaman bienes de la unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República. "Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, puentes y caminos se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes del territorio. "Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales".

¹⁷ Un bien baldío es aquel terreno urbano o rural sin edificar o cultivar que forma parte de los bienes del Estado, porque se encuentra dentro de los límites territoriales y carece de otro dueño. Corte Constitucional, Sentencia T-566 de 1992.

entidades territoriales; o respecto de aquellas sumas que constituyan anticipo de obras públicas por ejecutar, salvo cuando los créditos sean laborales y a favor de los trabajadores de la misma; ii) las rentas incorporadas al presupuesto general de la Nación y demás entidades territoriales por virtud del artículo 18 del Decreto 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto, o iii) las transferencias recibidas de la Nación por parte de las entidades territoriales de acuerdo con el artículo 64 del Decreto 1221 de 1986.

c) Imprescriptibles: el Código de Procedimiento Civil en el artículo 407, numeral 4º, modificado por el artículo 1º, numeral 210 del decreto -ley 2282 de 1989, sustrae la posibilidad de adquirir por prescripción los bienes de propiedad de las entidades públicas, cuando indica: *“La declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público”*.

Por su parte, los bienes de uso público son aquellos bienes destinados al uso, goce y disfrute de la colectividad y, por lo tanto, están al servicio de todos los habitantes en forma permanente, con las limitaciones que establece el ordenamiento jurídico y la autoridad competente que regula su utilización, como calles, plazas, parques, puentes, caminos, carreteras, ejidos, etc.; de ahí que, respecto de ellos el Estado cumple simplemente una función de protección, administración, mantenimiento y apoyo financiero. Es decir, frente a estos bienes ninguna entidad pública tiene un dominio similar al de un particular respecto de un bien de su propiedad, sino derechos de administración y policía en interés general para proteger su uso y goce común.

En relación con las características de los bienes públicos la Sala precisó en la jurisprudencia vigente en la materia¹⁸ que el titular del derecho de dominio es el Estado, y se distinguen por su afectación a una finalidad pública, por cuanto su uso y goce pertenecen a la comunidad por motivos de interés general, determinados por la Constitución o la ley, razón por la que se encuentran sujetos a un régimen jurídico en virtud del cual gozan de privilegios como la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, que los ubica fuera del comercio.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencias de 16 de febrero de 2001, Exp. 16.596, C.P. Alíer E. Hernández Enríquez.

La Corte Constitucional, se pronunció a propósito del significado de las anteriores características, así:

“a) Inalienables: significa que no se pueden negociar, esto es, vender, donar, permutar, etc.

“b) Inembargables: esta característica se desprende de la anterior, pues los bienes de las entidades administrativas no pueden ser objeto de gravámenes hipotecarios, embargos o apremios.

“c) Imprescriptibles: la defensa de la integridad del dominio público frente a usurpaciones de los particulares, que, aplicándoles el régimen común, terminarían por imponerse por el transcurso del tiempo, se ha intentado encontrar, en todas las épocas, con la formulación del dogma de la imprescriptibilidad de tales bienes¹⁹. Es contrario a la lógica que bienes que están destinados al uso público de los habitantes puedan ser asiento de derechos privados, es decir, que al lado del uso público pueda prosperar la propiedad particular de alguno o algunos de los asociados.”²⁰

En efecto, 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.²¹ Y 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, dentro de esos bienes de uso público, el espacio público goza, a su vez, de especial protección, que se revela

¹⁹ Cfr. GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen II. Novena edición. Editorial Tecnos. Madrid.1989, pág. 405 y ss.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-566 de octubre 23 de 1992, M.P: Alejandro Martínez Caballero.

²¹ Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano et al. Manual de Derecho Administrativo, Volumen 2, Ariel Derecho, Barcelona, 5ª edición, 1998, p. 39.

en particular en el artículo 82 superior que subraya su naturaleza afectada al interés general (art. 1 C.P.), así:

"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 este 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.

"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, así 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" (Subraya la Sala).²²

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.

²² El concepto de espacio público tiene actualmente un carácter amplio, en tanto no se limita exclusivamente al ámbito del suelo físicamente considerado, sino que, también se refiere al espacio aéreo y a la superficie del mar territorial. Sentencia de 18 de marzo de 2004, Exp. AP 52001233100020021750-01, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

Además, ese carácter inalienable, imprescriptible²³ e inembargable del espacio público, implica que su destinación está regulada por fuera de los cauces normativos propios del derecho privado y se ubica en los predios del derecho público. Inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que se constituyen en los medios jurídicos a través de los cuales se tiende a hacer efectiva la protección de los bienes de uso público, a efectos de que ellos cumplan el 'fin' que motiva su afectación como figura medular o pieza clave del dominio público, tal y como enseñan Marienhoff²⁴, De Laubadère²⁵ y Garrido Falla²⁶.

Por manera que cuando la Constitución y la ley le imponen al Estado el deber de velar por la integridad del espacio público y su afectación a una finalidad pública, comoquiera que su uso y goce pertenecen a la comunidad, por motivos de interés general, no sólo limita su disposición en términos de enajenabilidad, sino que al mismo tiempo impide la presencia de discriminaciones negativas en el acceso al espacio público (exclusión en el acceso) o discriminaciones positivas a favor de determinados particulares (privilegios), en tanto lo que está en juego es el interés general (arts. 1 y 82 C.P.) anejo a su destinación al uso común general.²⁷

²³ El carácter imprescriptible también lo establece en el artículo 2519 del Código Civil. Sobre el tema ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Sobre la imprescriptibilidad del dominio público, en Revista de Administración Pública, Año V, No. 13, enero-abril 1954, Instituto de estudios políticos, Madrid, p. 11 y ss.

²⁴ MARIENHOFF, Miguel S., Tratado De Derecho Administrativo, Tomo V "Dominio Público", Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo Perrot, 1988, p. 38 y ss

²⁵ "El dominio público es inalienable y en consecuencia es imprescriptible. "Para algunos, esta regla exorbitante es la que hace inadmisibles la idea de propiedad; pero se ha alegado que la inalienabilidad confirma, por el contrario, la propiedad, puesto que constituye una interdicción de vender, que sería inútil promulgar frente a un no propietario (BONNARD, Précis de droit administratif, 4e éd., p. 549). "La finalidad de la inalienabilidad del dominio público consiste en proteger la afectación del bien y en garantizar que se utilizará conforme a su destino; no existe entonces sino en la medida en que ella es necesaria para garantizar la afectación" (Citado por GUSTAVO PENAGOS, en Los bienes de uso público. Santafé de Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1998, p. 21.)

²⁶ GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Décima edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, p. 409 y ss. En el mismo sentido PAREJO, Luciano, Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general, RAP, núms. 110-112, 1983; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Sobre la...op. Cit.; BERMEJO VER, José, Derecho Administrativo parte especial, Ed. Civitas, Madrid, Cuarta edición, 1999, p. 343.

²⁷ "La utilización colectiva, o uso común, es la que tiene lugar por el público en general y, por tanto, indiscriminadamente, en forma anónima, sin necesidad de título alguno. Este es el tipo de utilización que corresponde a las vías públicas terrestres (carreteras, calles, plazas, paseos) (...) Normalmente, la utilización de los particulares se traducirá en una actividad de circulación o en una situación de breve estacionamiento, pudiendo, en ocasiones, llegar a aprovecharse de los frutos o productos de la dependencia demanial (pesca, caza).

El uso común general, o régimen normal de las utilizaciones colectivas, se rige por los principios de libertad, igualdad y gratuidad, principios que deben respetar los actos administrativos o disposiciones que se dicten sobre la utilización de estos bienes" PARADA, Ramón, Derecho Administrativo, III, Bienes públicos-derecho urbanístico, Marcial Pons, Madrid, 2002, novena edición, p. 76.

De ahí que los concejos como autoridades que reglamentan los usos del suelo deben respetar y asegurar el acceso de todos los administrados al uso común de dichos bienes.

En consecuencia, los bienes de uso público y su expresión del espacio público, al tener las características de inalienables, imprescriptibles e inembargables, no pueden entregarse por lo mismo a ningún título a los particulares si con ello se vulnera la destinación al uso común que a ellas corresponde por mandato superior; de modo que, sólo excepcionalmente las autoridades administrativas están habilitadas para la celebración de algunos contratos cuando quiera que con ellos justamente se esté garantizando la destinación de dichos bienes al uso común.

Así lo ha entendido la jurisprudencia constitucional cuando ha permitido ciertas afectaciones al dominio público que tienden justamente a hacer realidad esa destinación al uso común, así, por ejemplo, la Corte Constitucional ha encontrado que la destinación de troncales para el uso exclusivo de sistemas de transporte masivo de pasajeros no solamente no atenta contra la constitución, sino que desarrolla el mandato²⁸, por su parte el Consejo de Estado encontró ajustado a la Constitución el cobro del espacio público para la realización de actos culturales, deportivos o recreacionales siempre y cuando se le permita a la comunidad en general, la realización o la participación en las actividades mencionadas, sin establecer discriminación alguna, de modo que antes que atentar contra el interés general, se encaminan hacia él,²⁹ lo mismo que no advirtió ilegalidad en la reglamentación del parqueo en zonas azules,³⁰ ni en la contratación con agentes privados para la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de las vías (arts. 82 C.P. y 7 Ley 9 de 1989) en especial para el cobro por aparcamiento en las vías públicas, toda vez que no impiden el uso del espacio público ni atentan contra los bienes de uso público ni impiden u obstaculizan su utilización, sino que, por el contrario, a la vez que implican la racionalización en el

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 568 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de 18 de agosto de 1995, Exp. 3237, C.P. Nubia González Cerón.

³⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA, Sentencia de 9 de julio de 1998, Radicación número: 3940, Actor: Personero de Santa Fe de Bogotá, Demandado: Secretario de Tránsito y Transporte de Santa fe de Bogotá, C. P. Libardo Rodríguez Rodríguez.

uso de las vías públicas, permiten al municipio la obtención de unos recursos adicionales.³¹

Con esta perspectiva, la Sala no ha dudado en decretar la nulidad absoluta por objeto ilícito de un contrato de arrendamiento de bienes de uso público, en tanto esta modalidad contractual afecta su destinación al uso común:

“Estas premisas sirven de fundamento a la Sala para concluir que los bienes de uso público no son susceptibles de ser arrendados por las razones siguientes:

“Por disposición constitucional dichos bienes son inembargables, imprescriptibles e inalienables, vale decir, se encuentran fuera del comercio³², y se caracterizan por su afectación a una finalidad pública, esto es, están destinados a ser usados y disfrutados por la comunidad, sin ninguna discriminación, en forma directa, libre, impersonal, individual o colectivamente y, en general, gratuita³³.

“Si bien el contrato de arrendamiento conlleva actos de administración y no de disposición, por cuanto quien arrienda no transfiere el dominio del bien, dicho acuerdo se caracteriza porque confiere al arrendatario el derecho de uso y goce exclusivo, el cual se encuentra amparado por la ley frente a cualquier clase de perturbación o impedimento, de conformidad con los arts. 1988, 1989 y 1990 del Código Civil. De manera que no es posible conferir a una persona el uso y goce exclusivo de un bien de uso público, porque es contrario a su propia naturaleza y finalidad, toda vez que por disposiciones constitucionales y legales, los derechos a su uso y goce pertenecen a toda la comunidad. (...)”

“En consecuencia, el denominado “contrato de arrendamiento” por la Corte Constitucional, debe garantizar en forma efectiva el cumplimiento de las finalidades públicas a las cuales está destinado un bien de uso público, esto es su incorporación al uso y goce de la comunidad, finalidades que, sin duda, resultan contrariadas al entregar el bien en arrendamiento, puesto que es de la esencia de dicho contrato la entrega de la cosa para el uso y goce del arrendatario durante el tiempo que dure el convenio, sin ninguna perturbación o interferencia; de allí que algunos doctrinantes

³¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA, Sentencia de 18 de enero de 2.001, Radicación número: AP-162, Actor: Jorge Alfonso Quiroz Arango, Demandado: Municipio de Medellín, C. P. German Rodríguez Villamizar; en el mismo sentido CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN “A”, Sentencia de 14 de febrero de 2002, Radicación número: 23001-23-31-000-1999-1668-01(AP-320), Actor: Edgardo Hiram de Santis Caballero, C. P. Ana Margarita Olaya Forero.

³² Según el profesor JOSE J. GOMEZ “los bienes de uso público se caracterizan por hallarse fuera del comercio, lo que quiere decir que no puede celebrarse sobre ellos acto jurídico alguno.” Cf. Bienes. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1981, p. 98.

³³ Quedan a salvo las facultades legales de cobro de derechos de uso, tal como precisó la Sección Primera en la sentencia de agosto 18 de 1995, Exp. 3237, antes referida.

sostienen que el contrato de arrendamiento “no es a la postre nada distinto a la venta temporal del uso de un bien”.³⁴

“La posibilidad de garantizar la destinación del bien a su uso común, podría realizarse a través de acuerdos celebrados entre el Estado y los particulares (como por el ejemplo el contrato de mandato o representación y administración), siempre y cuando no atenten contra la naturaleza e integridad de los bienes de uso público, sino que por el contrario su objeto sea la realización de los fines constitucional y legalmente asignados a dichos bienes.”³⁵

También la Sala ha considerado que *“...el cobro por el uso del espacio público cuando quiera que configura una barrera de acceso al destino común por parte de la comunidad configura una violación del régimen constitucional y legal antes señalado, en tanto atenta contra la naturaleza, integridad y finalidad del mismo, por cuanto el objeto de esta medida no es la realización de los fines constitucional y legalmente asignados a esta categoría de bienes sino que, por el contrario, impide el uso y disfrute que sin discriminación alguna corresponde a la comunidad...”*.³⁶

2.2.2. Como puede apreciarse, dependiendo de la naturaleza jurídica del inmueble objeto del contrato que se acusa como generador de la vulneración de derechos colectivos, se predica respecto del mismo unas características que inciden en la posibilidad de negociación o entrega a cualquier título en el tráfico jurídico; si es un bien de uso público, no es jurídicamente viable que sea entregado para el uso y goce exclusivo de un particular, so pena de transgredir el orden jurídico imperativo al intentar transferir u otorgar derechos con esa proyección y connotación sobre un bien de disfrute colectivo; en cambio, si su naturaleza es fiscal es posible sobre el mismo un acto de disposición jurídica con el aludido alcance (vender, arrendar, permutar, etc.), siempre y cuando se cumplan las normas legales que regulan esa actividad.

³⁴ CESAR GOMEZ ESTRADA. De los principales contratos civiles. Santafe de Bogotá: Editorial Temis, 1996, pág. 183.

³⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de febrero 16 de 2001, Radicación número: 16596, Actor: Personería de Santafe de Bogotá, D.C, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. En el mismo sentido CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de noviembre 11 de 1999, Exp. 5286, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero, en esta providencia se deja en claro que los bienes que pueden ser susceptibles de arrendamiento son únicamente los bienes fiscales.

³⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, AP- 08001-23-31-000-2002-02214-01, Sentencia de 6 de octubre de 2005, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Así las cosas, en el caso concreto, no obra prueba en el expediente que determine que de acuerdo con la ley o con alguna norma jurídica departamental deba calificarse el predio de la Villa Olímpica objeto del contrato en mención, como un bien de uso público o que el mismo se encuentre afectado a esa finalidad pública, de manera que de él pueda predicarse las características de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad de que tratan las disposiciones constitucionales y legales antes citadas, y en forma que su uso, goce, disfrute visual y libre tránsito sea de todos por motivos de interés general y sin restricción alguna, razón por la cual habrá de entenderse que dicho inmueble corresponde en los términos del artículo 674 del Código Civil a un bien fiscal del Departamento del Cauca.

Por lo demás, es del caso advertir que incumbía al actor la carga de probar que el bien era de uso público mediante el aporte de la norma departamental en la que se afectara el bien a ese designio, sin que la destinación convencional que se le dé al mismo (la recreación y el deporte) implique una mutación o cambio de su naturaleza fiscal, toda vez que, como se explicó, las entidades públicas son titulares de bienes fiscales para cumplir con las funciones que le fueron asignadas y también en determinados eventos pueden constituir una reserva patrimonial para fines de utilidad común.

En tales condiciones, se colige que sobre los terrenos materia del *sub lite* puede celebrar el Departamento del Cauca negocios jurídicos de disposición precaria o total, en tanto dicha entidad territorial ejerce un dominio de semejante tratamiento al de los particulares, pero, en todo caso, sujetos a las normas legales fiscales y de contratación pública que le fueren aplicables.

2.3. La naturaleza del Contrato 001 de 2005 celebrado por los demandados

Allanada la discusión acerca de la posibilidad de realizar actos jurídicos en relación con el predio fiscal del Departamento del Cauca denominado Villa Olímpica, interesa indagar dentro del catálogo y tipología contractual, cuál es el negocio jurídico que celebraron los demandados y que se acusa como fuente de vulneración de derechos colectivos.³⁷ Para determinar la naturaleza del contrato

³⁷ A fin de individualizarlo, anotar sus características, puntualizar la intención de los contrayentes y los efectos de las prestaciones a cargo de las partes del mismo, amén de determinar el régimen aplicable para la época de su celebración.

acordado por la Gobernación del Cauca y COMFACAUCA, cabe efectuar las siguientes reflexiones:

2.3.1. El contrato de comodato de bien inmueble de la administración

El artículo 2200 del Código Civil, define el contrato de comodato o préstamo de uso como aquel “en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso...”, contrato que “...no se perfecciona sino por la tradición de la cosa”, “...debiendo entenderse éste último vocablo simplemente como su entrega, dado que el comodante no se desprende ni de la propiedad, ni de la posesión, permitiendo únicamente su uso...”.³⁸

Sobre la naturaleza del contrato de comodato, características, obligaciones que se desprenden para el comodatario y para el comodante, la Sala se ha pronunciado en los siguientes términos³⁹:

“...Previa descomposición de la regulación legal del comodato, la doctrina⁴⁰ ha deducido las siguientes características: de real, unilateral, gratuito y principal; **real**: porque si no hay entrega del bien bajo cualquiera de las formas de tradición previstas en los artículos 754 y 756 del Código Civil no puede hablarse de comodato; **unilateral**: porque una vez se encuentre perfeccionado sólo surgen para el comodatario las obligaciones de conservación y uso del bien de acuerdo con el objeto convenido, y la obligación de restitución surge una vez finalizado el correspondiente plazo contractual; sólo en casos especiales surge para el comodante la obligación de indemnización y de pago de mejoras, que no alcanzan a modificar su unilateralidad; **gratuito** porque que el uso de la cosa se proporciona sin contraprestación alguna y, por último la característica de **principal** porque no necesita de otro acto jurídico para existir.

“Dentro de las obligaciones que adquiere el COMODATARIO, se encuentran, por definición legal, las de conservación de la cosa, de uso con sujeción a lo convenido y de restitución, en torno al bien dado en comodato...”

En otra oportunidad la Sala también precisó que:

³⁸ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 1 de marzo de 2006 Exp. 15898, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ Cita de la providencia transcrita: “JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ, los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, décima segunda edición actualizada Ediciones Librería el Profesional, Capítulo VIII el comodato, págs. 539 y ss.”

“...Entre las principales características que identifican el contrato de comodato, se encuentran las siguientes: i) es esencialmente gratuito, es decir que el uso y goce entregado al comodatario no tiene contraprestación, de lo contrario se convertiría en un contrato de arrendamiento; ii) es bilateral, puesto que celebrado surgen obligaciones tanto para el comodante quien debe permitir el uso de la cosa, como para el comodatario, a quien corresponde conservar, usar y restituir el bien al término del contrato; iii) es principal, porque existe por sí mismo sin que requiera de otro acto jurídico...”⁴¹

Entonces, mediante el contrato de comodato se traslada el uso y disfrute de un bien, de manera gratuita, con el consiguiente derecho del comodatario que lo recibe de percibir los frutos naturales o civiles que se produzcan y el compromiso de restituirlo al comodante al finalizar su uso o en el plazo y forma convenida, negocio jurídico tipificado y disciplinado en la legislación civil en cuanto a sus elementos, efectos, derechos y obligaciones entre las partes y que tiene por características el ser real (art. 1500 C.C.), bilateral (art. 1496 C.C.), principal (art. 1499 C.C.), nominado, *intuitu personae*⁴² y esencialmente gratuito (art. 1497 C.C.) so pena de conversión en otro negocio jurídico.⁴³

Y por virtud del mismo surgen las siguientes obligaciones a cargo del comodatario: i) usar la cosa únicamente para el uso convenido y a falta de éste para el uso ordinario propios de su clase, so pena de reparar todo perjuicio y restituir en forma inmediata el bien (art. 2002 del C.C.); ii) emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa y responder si el comodato se hubiere acordado en pro del comodatario hasta de culpa levísima, si lo fuere de ambas partes de culpa grave y si del comodante de culpa lata, por todo deterioro que no provenga de la naturaleza o del uso legítimo de la cosa (arts. 2003 y 2004 del C.C.); iii) responder del caso fortuito cuando empleó la cosa en un uso indebido o demoró su

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 30232, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴² “Desde el Derecho Romano es conocida la figura del préstamo de uso. Surgía cuando entre amigos o vecinos se entregaba una cosa no consumible para que usaran de ella, a título gratuito, con la obligación de restituirla. Revestía el carácter de *intuitu personae*”. Tanto el Código Napoleónico, como el Código Civil Chileno, acogieron, en su esencia y forma el comodato tal como lo regló el Derecho Romano. Por su parte, nuestro Código Civil, en su artículo 2200, siguió esa trayectoria definiéndolo como el contrato en que “una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella y con cargo a restituir la misma especie después de terminar el uso”. BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro, Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, Primera Edición, Librería Stella, 1973, pág. 317.

⁴³ “Es gratuito. El uso y goce que se proporciona es sin contraprestación. Hay una intención liberal por parte del comodante, que es la parte que se grava. Por eso, la definición de comodato recoge con exactitud esta característica. Si el comodatario por el uso se obliga a una contraprestación desaparece el contrato y se convierte en otro negocio jurídico, de acuerdo con el querer o intención de las partes.” BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro, Ob. Cit. pág. 318.

restitución a menos que se acredite que el deterioro o pérdida hubiera sobrevenido igualmente sin el uso ilegítimo o la mora, así como cuando éste ha sobrevenido por culpa suya, o cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la propia prefirió deliberadamente la suya y cuando expresamente se ha hecho responsable del caso fortuito (art. 2003 del C.C.); y iv) restituir la cosa prestada en el tiempo convenido o a falta de convención después de su uso, restitución que podrá exigirse aún antes de tiempo si muere el comodatario, o le sobreviene al comodante una obligación imprevista y urgente de la cosa o no tiene lugar el servicio para el cual se ha prestado la cosa (art. 2005 del C.C.).

Ahora bien, sobre la función práctica y social que reporta para la administración pública la celebración de este tipo de contratos, la Sala de Consulta y Servicio Civil, la ha ilustrado así:

“...esta figura, de conformidad con la legislación vigente, ha sido utilizada como un instrumento de cooperación entre las diferentes autoridades públicas y, en materia de cultura, como un instrumento para impulsar programas de interés público desarrollados por personas naturales o jurídicas sin ánimo de lucro.

“Cabe señalar que el contrato de comodato, hoy por hoy, es más común en el derecho contractual administrativo que en el derecho privado; es una figura que ha permitido a las diferentes entidades estatales generar ahorro en componentes de gastos, tales como arrendamiento de sedes, costos de administración, mantenimiento y conservación de los bienes públicos; lo que evidencia algunas de las bondades de esta figura independientemente de las políticas que se dicten en materia de administración de los bienes públicos y de las posibilidades económicas que el Estado tiene para su manejo directo...”⁴⁴ (Subraya la Sala).

Es así como, el artículo 38 de la Ley 9 de 1989, autorizó a las entidades públicas para celebrar este tipo de contratos sobre sus bienes inmuebles, en los siguientes términos:

“ARTICULO 38. Las entidades públicas no podrán dar en comodato sus inmuebles sino únicamente a otras entidades públicas, sindicatos, cooperativas, asociaciones y fundaciones que no repartan utilidades entre sus asociados o fundadores ni adjudiquen sus activos en el momento de su liquidación a los mismos, juntas de acción comunal, fondos de empleados y las demás que puedan asimilarse a las anteriores, y por un término máximo de cinco (5) años, renovables.

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Concepto de 24 de julio de 2003, Rad. No.1.510, C.P. Susana Montes Echeverri.

“Los contratos de comodato existentes, y que hayan sido celebrados por las entidades públicas con personas distintas de las señaladas en el inciso anterior, serán renegociados por las primeras para limitar su término a tres (3) años renovables, contados a partir de la promulgación de la presente ley”.⁴⁵

Sobre la destinación de los recursos derivados de la explotación del bien inmueble dado en comodato en los términos de la norma transcrita, la misma Sala de Consulta y Servicio Civil, ha dicho:

“...como quiera que en el contrato de comodato el propietario de un bien transfiere en ejercicio de su facultad de libre disposición, el derecho al uso y goce del mueble o inmueble al comodatario, entiende la Sala que transfiere, salvo pacto expreso en contrario, el derecho a servirse del bien y a percibir los frutos derivados de su explotación en forma gratuita.

Adicionalmente, es importante mencionar, que nuestra legislación no contempla ningún tipo de prohibición o limitación en cuanto a los derechos del comodatario, distinta a la del tiempo de duración, el tipo de personas con las que es viable la celebración de contratos de comodato por parte de las entidades estatales (artículo 38 de la ley 9 de 1989) y la obligación de devolver el bien al término del contrato. Y no tienen por qué existir otras limitaciones en la medida en que la propiedad pública y la naturaleza del bien (fiscal o de uso público), permanecen inmutables...”⁴⁶

En síntesis, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 9 de 1989, en concordancia con los artículos 3 y 32 de la Ley 80 de 1993, es viable que, en ejercicio de su autonomía y en cumplimiento de sus fines⁴⁷, las entidades estatales celebren el contrato de comodato para el manejo de sus bienes inmuebles, respetando su naturaleza y bajo dos precisos límites a saber: a) en relación con el sujeto, esto es, solo podrán hacerlo con otras entidades públicas o personas de derecho privado (sindicatos, cooperativas, asociaciones y fundaciones) que no repartan utilidades entre sus asociados o fundadores ni adjudiquen sus activos en el momento de su liquidación a los mismos, o juntas de acción comunal, fondos de empleados y similares; y b) respecto del tiempo, por un término máximo de cinco (5) años, renovables.

⁴⁵ La Corte Constitucional en Sentencia C-026 de 1993, declaró la exequibilidad del artículo 38 de la Ley 9 de 1989 y puntualizó que: “...No halla la Corte razón alguna para considerar que los contratos de comodato de inmuebles celebrados por entidades públicas, no puedan incluirse dentro de tal regulación, pues estos también están afectados con el problema del uso del suelo y el acceso a la tierra y quedan incluidos dentro del propósito fundamental de la ley, cual es, que su uso esté destinado a planes y programas de interés comunitario...”

⁴⁶ Concepto de 24 de julio de 2003, Rad. No.1.510, C.P. Susana Montes Echeverri.

⁴⁷ La Ley 80 de 1993 permite que las entidades públicas tomen la decisión en relación con la escogencia de los tipos o modalidades de contrato que deben celebrar para lograr el cumplimiento de los fines y las funciones que le han sido encomendadas.

2.3.2. Los contratos para impulsar y apoyar programas y actividades de interés público

Cabe precisar que, en los eventos en que el contrato de comodato se celebre entre una entidad estatal y una entidad privada sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, es necesario atender lo dispuesto por el artículo 355 de la Constitución Política y en los Decretos 777 de 1992, 1403 de 1992 y 2459 de 1993, que regulan los contratos para impulsar y apoyar programas y actividades de interés público.

En efecto, la Constitución Política, en su artículo 355, dispuso:

“ARTICULO 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

“El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.”

Este mandato constitucional establece, por una parte, la prohibición de ordenar auxilios y donaciones; y por otra parte, la autorización para celebración de contratos con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad.

El inciso segundo de la norma superior transcrita fue reglamentado por el Gobierno Nacional mediante los Decretos 777 de 1992, 1403 de 1992 y 2459 de 1993, los cuales definen las reglas que rigen la celebración y ejecución de los contratos de apoyo con personas jurídicas sin ánimo de lucro, cuyo objeto es el de impulsar programas y actividades de interés público a cargo de las citadas personas y acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo⁴⁸,

⁴⁸ La Sala de Consulta y Servicio Civil, en el pluricitado concepto 1519 de 2003 señaló que “...Cuando el contrato de comodato se celebre entre una entidad estatal y una entidad privada sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, se requiere que los programas que se pretendan fomentar con dicho contrato, tengan una relación de medio a fin con los planes y programas de la entidad comodante, acorde con lo previsto en el artículo 355 de la Constitución Política y los decretos 777 y 1403 de 1992...”

Por su parte, en la doctrina se menciona que “...El objeto de estos contratos lo señala expresamente la propia norma constitucional: impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo. Puede afirmarse que esta norma indica de manera inequívoca que los contratos a que se

sin una contraprestación directa a la entidad pública contratante, pero sujetos a la prestación de un beneficio común o social.

Los contratos de apoyo que celebren la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, se encuentran, por tanto, sustraídos del ámbito de aplicación y alcance de la Ley 80 de 1993, pues cuentan con un régimen jurídico especial contenido en los mencionados decretos expedidos por el Ejecutivo en desarrollo de la atribución conferida por la Constitución Política en el artículo 355 superior y, por ende, gozan del carácter de reglamentos autónomos que regulan en forma especial los mencionados contratos.

Así, de acuerdo con los citados decretos, los contratos de apoyo deben cumplir las siguientes condiciones y requisitos:

- i) Celebrarse con personas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad para realizar el objeto del contrato, lo cual deberá evaluarse previamente por la entidad en escrito motivado, respetando el régimen de inhabilidades propio que se establece para este tipo de entidades privadas.
- ii) Elevarse a escrito y sujetarse a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, sin perjuicio de que puedan incluirse cláusulas exorbitantes.
- iii) Ser congruente su objeto con los programas y actividades de interés público incluidos en los planes de desarrollo nacional o seccionales, según el caso.

refiere son aquellos por los cuales el Estado entrega recursos a un ente sin ánimo de lucro para que éste pueda adelantar sus programas. Obviamente estos programas no son los programas del estado sino los programas del ente privado, pues si fueran los del Estado se trataría no simplemente de impulsar un programa sino de ejecutarlo, y de otra parte sobraría la exigencia de que fuera acorde – esto es que guarde armonía- con el plan de desarrollo, aunque no esté incluido en el mismo, pues en tal caso debería estar comprendido necesariamente en el plan. (...) el objeto de estos contratos es el de apoyar programas de entidades sin ánimo de lucro y, por ende, corresponde en principio a la respectiva entidad sin ánimo de lucro dirigir el programa lo que no se opone a que en el contrato de apoyo se fijen para ello ciertos criterios y directrices. En esto radica la diferencia fundamental con los contratos que tienen por objeto ejecutar un proyecto gubernamental de acuerdo con los parámetros fijados completamente por el ente público y de conformidad con sus instrucciones. (...) Debe anotarse que el artículo 1º del Decreto 2459 de diciembre 9 de 1993 dispuso que los contratos de apoyo no estarían sujetos a lo previsto en el artículo 3º del Decreto 777 de 1992 de acuerdo con el cual tales contratos estaban sometidos a los planes, programas y proyectos aprobados por el Conpes o por el organismo que hiciera sus veces a nivel territorial. En lugar de este requisito exigió que tales contratos deberán estar acordes a nivel nacional con el presupuesto de rentas y de apropiaciones de la Nación, y a nivel departamental, distrital o municipal, con el respectivo plan de desarrollo...” Cfr. DAVILA, Vinuesa, Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Legis, segunda edición, 2003, págs. 833 y 834).

iv) No incluir una contraprestación directa en favor de la entidad pública, pues, de lo contrario, debe celebrarse un contrato con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes; o involucrar transferencias que se realizan con los recursos de los Presupuestos Nacional, Departamental, Distrital y Municipal a personas de derecho privado para desarrollar funciones públicas o suministrar servicios; o apropiaciones presupuestales decretadas a favor de personas jurídicas creadas por varias entidades públicas; o transferencias que efectúe el Estado a personas naturales en cumplimiento de las obligaciones de asistencia o subsidio; o encargar a otras personas jurídicas que desarrollen un proyecto específico por cuenta de la entidad pública, de acuerdo con instrucciones de esta última.

v) Establecer una interventoría, que podrá ser ejercida por un funcionario de la entidad contratante o puede contratarse con persona de reconocida idoneidad.

vi) Prever la constitución de garantías adecuadas de manejo y cumplimiento, con la posibilidad de aceptar garantías reales o personales cuando el valor del contrato sea inferior a cien salarios mínimos mensuales.

vii) Ser publicados en el Diario Oficial, cuando la cuantía sea igual o superior al equivalente de cien salarios mínimos mensuales, o en los respectivos diarios, gacetas o boletines oficiales de la correspondiente entidad territorial.

En conformidad con el marco jurídico anterior, la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios, pueden entregar en virtud de un contrato de comodato inmuebles de su propiedad a entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para impulsar, apoyar o fomentar programas y actividades de interés público de dichas personas siempre que sean acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo, como son por ejemplo, actividades de interés social, salud, educación, cultural, recreativo y deportivo, entre otras, sin que ello represente o constituya un auxilio o donación a particulares.

En suma, si bien están prohibidos los actos gratuitos o de mera liberalidad por parte del Estado a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado (auxilios o donaciones), ello no significa que lo esté la celebración de contratos de comodato que, sin sujeción a los procesos de selección previstos en la Ley 80 de

1993 (licitación o concurso), celebre la administración con personas jurídicas sin ánimo de lucro para los precisos fines estipulados en el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política.

2.3.3. Tipología y régimen jurídico del Contrato 001 de 2005

La Gobernación del Cauca y COMFACAUCA nominaron el Contrato 001 de 2005, sobre los terrenos e instalaciones de Unidad Deportiva Villa Olímpica, como de “Administración”. Sin embargo, como un contrato no debe su naturaleza y tipología a la nominación que de ellos hagan las partes sino al objeto y prestaciones que en él se acuerden, los cuales perfilan su noción y elementos que dan lugar a su existencia de acuerdo con la ley⁴⁹, considera la Sala que el negocio jurídico que suscita la presente acción popular corresponde a un contrato de comodato de bien inmueble, celebrado para impulsar y apoyar programas y actividades de interés público.

En verdad, una vez realizado un sencillo examen de las estipulaciones que se transcribieron del negocio jurídico del *sub lite* al valorar las pruebas en esta providencia, la Sala advierte que, tal y como coincidieron la demandada COMFACAUCA en su contestación de la demanda y el Ministerio Público en el concepto rendido en la primera instancia, se presentan los elementos distintivos de esta figura contractual acorde con las premisas normativas y las reflexiones jurisprudenciales expuestas en el acápite anterior, así:

i) La contratista, COMFACAUCA, de conformidad con sus estatutos es una corporación sin ánimo de lucro, organizada como Caja de Compensación Familiar y dada esta naturaleza resulta idónea de acuerdo con la Ley para realizar programas y actividades sociales de recreación y deporte.

En efecto, de conformidad con los artículos 39, 41, 62, y 89 de la Ley 21 de 1982, que regula la actividad de las Cajas de Compensación, las mismas cumplen funciones de seguridad social y tienen por función administrar y ejecutar, entre otros, programas de recreación social y deportes, que deben desarrollar para los

⁴⁹ C.C.: “ART. 1501. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.” (Subraya la Sala).

afiliados o el público en general, financiados con el cobro de tarifas subsidiadas para los primeros; además, el artículo 6 de la Ley 181 de 1995, prescribe que la mayor responsabilidad en programas de recreación recaerá sobre el Estado y las Cajas de Compensación Familiar.⁵⁰

ii) El Departamento del Cauca entrega un bien inmueble de su propiedad a título de simple tenencia a COMFACAUCA, es decir, transfirió a título precario el uso y goce de la unidad deportiva (terreno e instalaciones) denominada Villa Olímpica, de cuyo uso se desprenden a cargo de ésta las obligaciones de administración, conservación y mantenimiento a cargo de (gastos de pago de salarios y prestaciones sociales de los trabajadores; cancelación de obras de conservación y mantenimiento de todos los bienes que integran la Unidad; pago de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, energía eléctrica, teléfono, aseo y demás servicios que se causen en adelante, etc., según cláusulas primera, segunda, cuarta y séptima).

iii) La contratista, COMFACAUCA, se obliga a utilizar el bien recibido para desarrollar programas de deporte y recreación social (cláusula segunda), finalidad

⁵⁰ Ley 21 de 1982: "ARTICULO 39. Las Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, cumplen funciones de seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del estado en la forma establecida por la Ley. (...) "ARTICULO 41. La Caja de Compensación tienen en otras funciones (...) 5. Administrar, a través de los programas que a ellas corresponda, las actividades de subsidio en dinero; recreación social, deportes, turismo, centros recreativos y vacacionales; cultura, museos, bibliotecas y teatros; vivienda de interés social; créditos, jardines sociales o programas de atención integral para niños y niñas de 0 a 6 años; programas de jornada escolar complementaria; educación y capacitación; atención de la tercera edad y programas de nutrición materno-infantil y, en general, los programas que estén autorizados a la expedición de la presente ley, para lo cual podrán continuar operando con el sistema de subsidio a la oferta. (...) "ARTICULO 62. Las obras y programas sociales que emprendan las Cajas de Compensación con el fin de atender el pago de subsidio en servicios o en especie, se realizarán exclusivamente en los campos y en el orden que a continuación se señala: (...) 6o. Recreación social..." (...) "ARTICULO 64. Los Consejos Directivos de las Cajas de Compensación Familiar podrán fijar tarifas diferenciales progresivas, teniendo en cuenta los niveles de remuneración de los trabajadores beneficiarios, para todas aquellas obras y programas sociales desarrollados de conformidad con el artículo 62, de tal manera que las tarifas sean más bajas para aquellos trabajadores que reciban los menores ingresos. Las tarifas de los servicios que se presten a personas distintas de las enunciadas en el artículo 27 y del trabajador beneficiario, no serán subsidiadas. Tales tarifas se determinarán teniendo como base los costos reales de operación y mantenimiento, y serán controladas por la Superintendencia de Subsidio Familiar..." "ARTICULO 89. Las obras y programas sociales que las Cajas de Compensación Familiar, debidamente autorizadas, hayan abierto al público con anterioridad a la vigencia de esta Ley, continuarán abiertas, con sujeción a las normas reglamentarias que el Gobierno Nacional expida, si se ajustan a las prescripciones legales y a los fines del subsidio familiar. "Los servicios sociales de las Cajas, distinto de los de mercadeo y recreación social, que se organicen a partir de la vigencia de esta Ley, deberán destinarse en forma exclusiva a los trabajadores de las empresas afiliadas. "PARAGRAFO. Los nuevos servicios de salud, mercadeo, educación integral y continuada, capacitación y de biblioteca y recreación social, deberán localizarse en zonas de fácil acceso para las clases populares..."

Ley 181 de 1995: ART. 6º- Es función obligatoria de todas las instituciones públicas y privadas de carácter social, patrocinar, promover, ejecutar, dirigir y controlar actividades de recreación, para lo cual elaborarán programas de desarrollo y estímulo de esta actividad, de conformidad con el plan nacional de recreación. La mayor responsabilidad en el campo de la recreación le corresponde al Estado y a las cajas de compensación familiar. Igualmente, con el apoyo de Coldeportes impulsarán y desarrollarán la recreación, las organizaciones populares de recreación y las corporaciones de recreación popular.

que resulta congruente con su objeto según la ley y los estatutos que rigen su actividad sujeta al control del Estado, y acorde con la misión y funciones constitucionales de los departamentos⁵¹, que como entidades que hacen parte del Estado se encuentran en el deber de velar porque los bienes sobre los cuales es titular del derecho de dominio cumplan una función social (art. 58 C.P.), así como de fomentar las actividades concernientes a la recreación, la práctica del deporte y el aprovechamiento del tiempo libre (art. 52 C.P.), lo cual contemplan en sus respectivos planes de desarrollo.

Cabe observar que si bien no se allegó copia del acto general que adoptó el plan de desarrollo departamental del Cauca, actualmente el Juez y los operadores jurídicos pueden acudir a otros elementos y herramientas de publicidad que permiten verificar el contenido de tales normas de carácter territorial con alcance de autenticidad y para todos los efectos legales. A este respecto, la Sala se permite realizar la siguiente precisión:

Valor de los documentos electrónicos o mensajes de datos que contienen actos administrativos generales expedidos por la Administración Pública

Es cierto que, la regla general, es que las normas jurídicas no son tema de prueba, pues el objeto de la prueba judicial son los hechos, esto es, la realidad fáctica: hechos de la naturaleza o con intervención del hombre, actos o conductas voluntarias o involuntarias del mismo, sucesos, acontecimientos, y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron o se estén presentado o las motivaciones de la actuación, según el caso; de ahí que, en el proceso, impere aún el aforismo latino "*da mihi factum ego tibi jus*": dame los hechos que yo te daré el derecho, o sea el imperativo para las partes de proporcionarle al juez los hechos y probarlos (artículo 177 del C. de P. Civil) y el correlativo del mismo de calificarlos para decir las consecuencias jurídicas y conceder el derecho en aras de solucionar la controversia o conflicto que se le somete a su consideración, toda vez que él debe conocerlo, interpretarlo y aplicarlo en esos asuntos concretos objeto de su conocimiento, con el fin de hacer efectivos los derechos,

⁵¹ C.P.: "ARTICULO 298. Los departamentos tienen autonomía para la administración de los asuntos seccionales y la planificación y promoción del desarrollo económico y social dentro de su territorio en los términos establecidos por la Constitución..." (...) "ARTICULO 305. Son atribuciones del gobernador: (...) 6. Fomentar de acuerdo con los planes y programas generales, las empresas, industrias y actividades convenientes al desarrollo cultural, social y económico del departamento que no correspondan a la Nación y a los municipios..."

obligaciones, garantías y libertades que se aseguran por la Administración de Justicia.

No obstante, en nuestra legislación se exceptuó de la citada regla las normas jurídicas escritas de alcance no nacional o con vigencia local o seccional, cuando en el inciso primero del artículo 188 del Código de Procedimiento Civil, se estableció:

“ARTÍCULO 188. NORMAS JURIDICAS DE ALCANCE NO NACIONAL Y LEYES EXTRANJERAS. (Artículo modificado por el artículo 1, numeral 92 del Decreto 2282 de 1989). El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá al proceso en copia auténtica de oficio o a solicitud de parte...”

Y en forma concordante el artículo 141 del Código Contencioso Administrativo, señaló:

“ARTICULO 141. NORMAS JURIDICAS DE ALCANCE NO NACIONAL. Si el demandante invoca como violadas normas que no tengan alcance nacional, deberá acompañar el texto legal que las contenga, debidamente autenticadas, o solicitar del ponente que obtenga la copia correspondiente.”

En consecuencia, según las disposiciones procesales transcritas, en el proceso debe aparecer el texto legal que contenga la norma de alcance no nacional debidamente autenticada a cargo de la parte que le interesa que sea considerada en la sentencia o ser aducida por el juez de oficio, lo cual, como se anotó, constituye una excepción a la regla de que el derecho no es materia de prueba, exigencia que en sus orígenes quizás encontró justificación por la dificultad que representaba la publicidad y acceso de dicha normativa dada las deficiencias en materia de comunicación y de herramientas en el intercambio seguro, fiable, íntegro y ágil de la información, lo cual limitaba ostensiblemente el conocimiento por parte de los operadores jurídicos y de los jueces de las diversas, múltiples y variadas normas del orden territorial departamental y municipal (ordenanzas departamentales y acuerdos municipales) proferidos por las corporaciones administrativas competentes (Asambleas Departamentales y Concejos Municipales).

Sin embargo, no es menos cierto que en la actualidad los avances tecnológicos y de las comunicaciones han permitido el intercambio electrónico de informaciones y otros medios de comunicación de datos en forma confiable y rápida a través de mecanismos y herramientas telemáticas y electrónicas que se constituyen en

alternativas válidas y sustitutas de los habituales documentos de papel y que han facilitado la difusión del conocimiento en todos los órdenes de la sociedad, el intercambio de datos y el surgimiento de relaciones dentro del tráfico jurídico y comercial, tendencia de la cual no ha escapado el mundo del derecho y la publicidad en torno a las fuentes formales del mismo, esto es, la ley o norma jurídica, la jurisprudencia, la doctrina y la costumbre.

Es por ello que la tecnología se encuentra al servicio de la administración de justicia, en las voces del artículo 95 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia:

“ARTÍCULO 95. TECNOLOGÍA AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. El Consejo Superior de la Judicatura debe propender por la incorporación de tecnología de avanzada al servicio de la administración de justicia. Esta acción se enfocará principalmente a mejorar la práctica de las pruebas, la formación, conservación y reproducción de los expedientes, la comunicación entre los despachos y a garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información.

“Los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones.

“Los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

“Los procesos que se tramiten con soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano que la ejerce, así como la confidencialidad, privacidad, y seguridad de los datos de carácter personal que contengan en los términos que establezca la ley...” (Subraya la Sala).

Es decir, de acuerdo con la norma transcrita las autoridades judiciales podrán utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones, y los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

A la par del precepto anterior, y ante la necesidad de un régimen jurídico que diera soporte a estas nuevas realidades tecnológicas, se expidió la Ley 527 de 18 de agosto de 1999, a través de la cual se definió y reglamentó el acceso y uso de los

mensajes de datos, el comercio electrónico y las firmas digitales, consagrando, entre otros aspectos, que los documentos electrónicos son equivalentes a los escritos y, por lo mismo, deben ser valorados como éstos.

Así, los mensajes de datos ostentan el carácter de documentos, y se definen en el artículo 2 -ordinal a)- de la Ley 527 de 1999, como "...la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax..."⁵², los cuales gozan de igual tratamiento y eficacia probatoria de los documentos en papel, en tanto de ellos se predicen los mismos criterios de fiabilidad, autenticidad, integralidad y rastreabilidad, en los términos de esta normativa.

En efecto, en el artículo 6 *ibídem* estableció como requisito que debe contener los mensajes de datos, el siguiente:

"ARTICULO 6o. ESCRITO. Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta.

"Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito."

A su vez le confirió pleno valor probatorio tanto para actuaciones administrativas como judiciales a los mensajes de datos, en cuanto dispuso en el artículo 10 *ejusdem* que:

"ARTICULO 10. ADMISIBILIDAD Y FUERZA PROBATORIA DE LOS MENSAJES DE DATOS. Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

"En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un

⁵² En sentido similar, mediante el Acuerdo PSAA06-3334 de 6 marzo de 2006, se reglamentó la utilización de medios electrónicos e informáticos en el cumplimiento de las funciones de administración de justicia, dispuso en el aparte i) artículo 1° "*Mensaje de Datos: Es la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como el correo electrónico e internet...*".

mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original.”

En suma, en los eventos en que una norma determine que una información conste por escrito, este requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, siempre que sea posible la consulta posterior de la información contenida en el mismo (art. 6 de la Ley 527 de 1999); mensaje de datos que constituye medio de prueba en las actuaciones administrativas y judiciales en los términos del Código de Procedimiento Civil, en el entendido de que es equivalente funcionalmente a los otros documentos originalmente escritos en papel (art. 10 *ejusdem*).⁵³

Con todo, se debe precisar que esa admisibilidad y eficacia probatoria de los mensajes de datos, se reconoce siempre que ofrezcan similares niveles de seguridad de los documentos escritos y cumplan los requisitos técnicos y jurídicos relacionados con su autenticidad, integridad y rastreabilidad, siendo este el criterio para valorarlo probatoriamente, bajo las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas, (art. 11 *in fine*); y, en tratándose de actuaciones judiciales, sólo cuando se garantiza la fiabilidad sobre el origen del mensaje, la integridad del mismo, la identificación de la función jurisdiccional y el cumplimiento de los demás requisitos exigidos por las leyes procesales respectivas, es decir, el respeto de las condiciones a que alude el artículo 95 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.⁵⁴

Bajo esta misma orientación y con idéntico ánimo del Legislador de adecuar y poner a tono el ordenamiento jurídico con los avances tecnológicos propios de la denominada “sociedad de la información”, se expidió la Ley 962 de 8 de julio de 2005, por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.

⁵³ La Corte Constitucional, en Sentencia C- 662 de 2000, M.P Fabio Morón Díaz, señaló que la Ley 527 de 1999 dio aplicación al principio de los equivalentes funcionales que se fundamenta en un análisis de los propósitos y funciones de la exigencia tradicional del documento sobre el papel, para determinar cómo podrían cumplirse esos propósitos y funciones con técnicas electrónicas. Añadió que esta ley adoptó el criterio flexible de "equivalente funcional", que tuviera en cuenta los requisitos de forma, fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, que son aplicables a la documentación consignada sobre papel, ya que los mensajes de datos por su naturaleza, no equivalen en estricto sentido a un documento consignado en papel. Y, respecto al valor probatorio de los mensajes de datos, aseveró que los mensajes de datos se deben considerar como medios de prueba, tanto en las actuaciones administrativas como judiciales, ya que se equiparan a los otros medios de prueba originalmente escritos en papel, en orden a las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil.

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-831 de 8 de agosto de 2001, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

En el artículo 6 de esta ley se ordenó a los organismos y entidades de la Administración Pública la utilización de medios tecnológicos o documentos electrónicos para atender los trámites y procedimientos de su competencia, a fin de hacer efectivos los principios de igualdad, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, moralidad y eficacia en la función administrativa, actividad que se debe regir por lo dispuesto en la Ley 527 de 1999 y garantizar los principios de autenticidad, disponibilidad e integridad de la información. Igualmente, para fines de control social y de cumplimiento de los fines de la función administrativa (art 209 C.P y 3 del C.C.A.), se dispuso en el artículo 8 de la citada ley que las entidades públicas de la Administración debían colocar a disposición del público, a través de medios impresos o electrónicos, la información institucional debidamente actualizada y relacionada con sus normas básicas de competencia, funciones, servicios, regulaciones, procedimientos, trámites, proyectos específicos de regulación y actuaciones en la ejecución de sus funciones en la respectiva entidad.

De otra parte, en virtud del artículo 7 de la Ley 962 de 2005⁵⁵, se estatuyó la validez de la publicidad electrónica de actos generales emitidos por la Administración Pública, para lo cual las entidades públicas que la integran en todos su órdenes (nacional, departamental y municipal) pues la norma no hace distinción, están en la obligación de poner a disposición del público las leyes, decretos y actos administrativos de carácter general o documentos de interés público relativos a cada uno de ellos, a través de medios electrónicos -como por ejemplo el Internet-, dentro de los cinco (5) días siguientes a su publicación, sin perjuicio de la obligación legal de publicarlos en el Diario Oficial -o entiéndase la obligación legal de hacerlo en su equivalente en los otros órdenes-, y “...[!]as reproducciones efectuadas se reputarán auténticas para todos los efectos legales, siempre que no se altere el contenido del acto o documento...”, según puntualiza su inciso segundo.

Por consiguiente, de conformidad con los artículos 6, 7 y 8 de la Ley 962 de 2005, resulta claro que las reproducciones efectuadas de las normas de carácter territorial seccional o local (*stricto sensu*: actos administrativos de carácter

⁵⁵ Esta ley persigue la racionalización, estandarización y automatización de los trámites de la Administración Pública, mediante el uso de las Tecnologías de Información y Comunicación en el Estado, dotando de validez los servicios electrónicos del Estado bajo los principios de la buena fe y de libertad económica (Art. 1).

general) que se encuentren a disposición del público en Internet como documentos electrónicos en su modalidad de mensaje de datos dentro de las páginas institucionales de las entidades públicas de las administraciones departamentales o municipales se reputan auténticas para todos los efectos legales, siempre que no se altere el contenido del acto, régimen que interpretado armónica y sistemáticamente con los artículos 95 de la Ley 270 de 1996, 6 y 10 de la Ley 527 de 1999, permite colegir que es un medio admisible, eficaz, válido y con fuerza obligatoria para demostrar el contenido del texto de aquél tipo de disposiciones jurídicas de alcance no nacional y con el cual se satisface la exigencia prevista en los artículos 188 del C. de P. Civil y el 141 del C.C.A. respecto de su aducción al proceso para efectos de aplicación por parte del juez, quien así privilegiará el principio contenido en el artículo 228 de la Constitución Política, según el cual en las actuaciones de la Administración de Justicia “prevalecerá el derecho sustancial”.

En conclusión, para la Sala la información almacenada como mensajes de datos en las páginas institucionales de las entidades públicas a disposición del público en la red de Internet relacionada con los actos administrativos de carácter general, se califican como auténticos para todos los efectos legales, incluyendo, por supuesto, los judiciales, de manera que el Juez puede acudir a su consulta y tenerlos en cuenta con el fin de aplicar el derecho que emana de ellos al caso concreto materia de conocimiento, para lo cual se requiere que en la reproducción de su contenido en la providencia o sentencia respectiva no se altere su contenido y la información obtenida pueda ser accesible para su posterior consulta.

Así las cosas, de vuelta al caso concreto y una vez consultado el texto del Plan Departamental de Desarrollo del Departamento del Cauca 2004 - 2007, denominado “*Por el derecho a la diferencia*” en la Página WEB institucional de la Gobernación del Departamento del Cauca, se debe anotar que la finalidad del contrato del *sub lite* y del programa a fomentar con el mismo es acorde y tiene una relación de medio a fin con el mismo, en tanto en el “...EJE ESTRATEGICO DE GESTION PARA EL DESARROLLO SOCIAL/ APUESTA POR LA LÚDICA, LA CULTURA Y EL DEPORTE...”, establece que “...*La Gobernación del Cauca fomentará y atenderá las iniciativas y propuestas de las instituciones y organismos públicos y privados dispuestos formular y ejecutar programas y proyectos que busquen el desarrollo Social, Económico, Cultural, Ambiental e Infraestructural de las comunidades caucanas, en donde prime el beneficio colectivo sobre el*

individual...” (Marco Estratégico, págs. 17 y 37), y contempla programas dirigidos a fomentar el deporte de la comunidad caucana (Programas de Deporte).⁵⁶

iv) El contrato es de naturaleza gratuita, esto es, sin ánimo de lucro. Así lo dispone su cláusula octava, por cuya inteligencia las partes aceptan expresamente la ausencia de ánimo de lucro en el negocio jurídico suscrito y manifiestan que los fines perseguidos con el mismo son para beneficio social, obligándose la contratista a permitir el acceso tanto del público en general como de sus afiliados y a no variar el uso y destinación del terreno que recibe. Naturaleza que, por lo demás, no se desvirtúa por el cobro de tarifas, dado que se estipula que los ingresos por este concepto deben ser utilizados para la recuperación de los gastos de administración, mantenimiento y sostenimiento, y no con el fin de generar un rédito, ventaja patrimonial o utilidad para COMFACAUCA.

v) La duración del contrato es de cinco (5) años renovables (cláusula tercera), y a su terminación COMFACAUCA se compromete a restituir en buen estado el inmueble con todas sus anexidades y mejoras (cláusula cuarta).

vi) Adicionalmente, el acuerdo consta en escrito, y en él se estableció la designación de una interventoría, la constitución de garantías y su publicación en la Gaceta Departamental (cláusulas quinta, décima primera y décima segunda).

Bajo esta óptica, se infiere que, sin duda, el Contrato 001 de 2005 es de comodato, definido en el artículo 2200 del Código Civil, por el cual se transfirió de manera gratuita el uso y goce del bien inmueble Villa Olímpica del Departamento del Cauca a COMFACAUCA, persona jurídica sin ánimo de lucro e idónea, con el fin de destinarlo a programas de deporte y recreación social (art. 355 del C.P.), comprometiéndose el comodatario a usarlo en las condiciones señaladas, garantizar la conservación del bien y devolverlo al finalizar el término convenido.

2.4. De la determinación de la vulneración a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público.

⁵⁶ Cfr. Página WEB institucional de la Gobernación del Departamento del Cauca en el documento electrónico que contiene el Plan de Departamental de Desarrollo de ese departamento “Por el Derecho a la Diferencia” 2004-2007, en: <http://www.gobcauca.gov.co/infonoticia.asp?idnot=1174/>.

Con base en los elementos de juicio expuestos en precedencia, la Sala a propósito de la vulneración de los derechos colectivos invocados en la presente acción popular, observa:

2.4.1. De la moralidad administrativa

2.4.1.1. Frente a lo que se entiende por moralidad administrativa, la Sala precisó, en tesis que ha sido constantemente reiterada,⁵⁷ 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 (artículo 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.

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.”*⁵⁸

⁵⁷ 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.

⁵⁸ Ídem.

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, implica *per se* violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

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 demandante en la acción popular la carga procesal de precisar el aspecto en el cual radica la trasgresión a este 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.

En este sentido se pronunció la Sala en Sentencia de 4 noviembre de 2004, al señalar 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.” (subrayas fuera de texto) ⁵⁹

En igual sentido se reitera el pronunciamiento contenido en la sentencia de 2 de junio de 2005, Exp. AP-720, en el que se afirmó que:

“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 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.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 4 de noviembre de 2004, Rad. AP-2305.

“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.”

Se evidencia entonces, que si bien el concepto de moralidad administrativa se subsume en el principio de legalidad, son conceptos diferentes, en tanto aquel concepto atañe a que de por medio se ventilen intereses diametralmente contrarios a la función administrativa.

En síntesis, los cargos que se imputen en la demanda deben ser fundados en conductas que no solo se alejen de la ley, sino que deben ser acompañados de señalamientos de contenido subjetivo contrarios a los fines y principios de la administración como lo serían la deshonestidad o la corrupción, cargos que deben ser serios, fundados y soportados en medios probatorios allegados oportunamente al proceso, dado que cualquier imputación sobre inmoralidad administrativa en la que estén ausentes las acusaciones de tal aspecto, no tiene vocación de prosperidad.

2.4.1.2. Descendiendo al caso concreto, en criterio del actor se vulneró la moralidad administrativa por no haberse realizado un proceso de selección para la formación y perfeccionamiento del Contrato 005 de 2005, omitiendo las exigencias y formalidades a este respecto contenidas en la Ley 80 de 1993, y haber pactado en el mismo una gratuidad por el disfrute del predio denominado Villa Olímpica que le impide al Departamento del Cauca una contraprestación económica, conductas que benefician a la Caja de Compensación Familiar del Cauca - COMFACAUCA y que constituyen un abuso de la función administrativa y un acto de corrupción.

Sin embargo, la Sala encuentra que no se demostró la ilegalidad del contrato por omitir el cumplimiento de los requisitos y formalidades prescritas por la ley para el

valor del mismo, ni mucho menos, entonces, la transgresión al aludido derecho por los motivos invocados por el actor popular.

En efecto, retomando lo arriba expuesto, el inmueble de La Villa Olímpica en donde se encuentra construida una unidad deportiva y recreacional, se tiene que es un bien fiscal del Departamento del Cauca y, debido a esta condición y dado que el actor no demostró una naturaleza jurídica contraria o restricción de alguna índole sobre el predio, sobre el mismo puede realizar dicho ente territorial actos de disposición, de acuerdo a las normas legales que le fueren aplicables. Así el artículo 38 de la Ley 9 de 1989 facultó a las diferentes entidades públicas, entre ellos a los departamentos, para entregar mediante un contrato de comodato sus bienes inmuebles a otras entidades y personas sin ánimo de lucro, por un término de 5 años prorrogables.

Igualmente, según el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, la Nación y las entidades territoriales están autorizadas para celebrar con personas jurídicas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad contratos de apoyo y fomento de actividades de beneficio social, como lo son la recreación y el deporte. Y, atendiendo que la naturaleza jurídica de la Caja de Compensación del Cauca, COMFACAUCA, como ya se analizó, es la de una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro, organizada como Corporación bajo el régimen civil, ésta podía recibir por virtud de un contrato de dicha índole y en calidad de comodataria el mencionado bien inmueble para los objetivos citados.

Por lo tanto, el Contrato 001 de 2005 de comodato es válido y eficaz⁶⁰, y en su formación y perfeccionamiento, dada su naturaleza y finalidad de negocio jurídico de fomento y apoyo a un programa de interés público, por virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, estaba exceptuado de los procesos de selección previstos en la Ley 80 de 1993 (licitación o concurso) y sometido tan sólo a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares (Código Civil) y a los Decretos 777 de 1992, 1403 de 1992 y 2459 de 1993, máxime cuando el comodato, según se explicó, es *intuitu personae* y gratuito.

⁶⁰ En efecto, tanto el contrato considerado desde su generalidad: capacidad de las partes, consentimiento, objeto y causa, de conformidad con el artículo 1502 C.C., como en su especificidad, en cuanto recorrió el contenido mínimo de ley, propio de la esencia del contrato citado, según dispone el artículo 1501 *ibídem*, en concordancia con los artículos 1494 y 1495 del C.C.

Pero además, el contrato materia de esta acción popular no está sujeto al principio general de que en todo contrato que celebre el Estado “la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos” (Ley 80 de 93 art. 24), por cuanto no es de concesión, como aduce el actor, toda vez que de sus estipulaciones no emerge como obligación principal a cargo de COMFACAUCA la de construir obras públicas, ni tiene el derecho al cobro de una tasa por utilización del predio con el fin de obtener una ventaja económica o percibir una utilidad. Es claro, igualmente, que la naturaleza gratuita del Contrato 001 de 2005, descarta la existencia de esta figura contractual, como también la del reclamado arrendamiento, como quiera que es la onerosidad una de las notas características de los mismos.⁶¹

En este orden de ideas, se concluye que los demandados no desconocieron con el contrato la Ley 80 de 1993, habida cuenta que ésta no le era aplicable, ni la preceptiva Constitucional (inciso primero art. 355 de la C.P) que prohíbe favorecer a terceros (auxilios o donaciones) con bienes del erario y, por ende, el contrato *sub examen* observó los requisitos y exigencias señaladas en las disposiciones a las cuales se hizo referencia.

De otra parte, tampoco puede concluirse la vulneración del derecho a la moralidad administrativa por haberse estipulado la gratuidad en el uso del bien raíz, porque, precisamente es esta una característica propia del contrato de comodato como ya se estudió, que excluye la imposición de una contraprestación económica a favor de la entidad pública contratante, como tasas, cánones, rentas o contribuciones, so pena de que degenera en otro convenio; resulta congruente con la finalidad y utilidad social y de beneficio común a la cual se destinó, relacionada, en este caso, con actividades de recreación y deporte, y los frutos derivados de su explotación en forma gratuita, se deben reinvertir en el mantenimiento, conservación y

⁶¹ La Ley 80 de 1993, en el No. 4 del artículo 32 al definir el contrato de concesión, señala: “ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES (...) 4o. Contrato de Concesión. Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden...” Y, por su parte, el Código Civil, en el artículo 1973, define el contrato de arrendamiento como aquel “en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado...” (Subraya la Sala).

mejoramiento del predio, sin que constituyan una ganancia para la entidad contratista. A este respecto, cabe efectuar las siguientes consideraciones:

“...Siendo la gratuidad un elemento de la esencia del contrato de comodato, en cuya ausencia puede derivarse en otro negocio jurídico, no encuentra la Sala argumento alguno que le permita señalar que con ocasión de la celebración de un típico contrato de comodato se genera una renta contractual a favor de la Nación, en los términos del Estatuto Orgánico del Presupuesto. (...)

“No obstante lo anterior, debe precisar la Sala, que del hecho de que no se genere renta contractual con ocasión de un contrato de comodato, no significa, en manera alguna, que los bienes (...) fiscales entregados bajo esta figura contractual a una entidad pública o particular sin ánimo de lucro y los frutos que se generen, puedan desviarse en beneficio de intereses privados.

“A juicio de la Sala, tanto la limitación prevista en la ley 9 de 1989, respecto a las características de los comodatarios de un bien público, como la disposición constitucional prevista en el artículo 355 y los decretos reglamentarios y el deber de colaboración que, especialmente, corresponde a las personas jurídicas sin ánimo de lucro que reciben este tipo de bienes (artículo 3° de la ley 80 de 1993), permiten afirmar que la destinación que haga el comodatario del bien propiamente tal y de sus frutos, no puede apartarse de la finalidad social que (...) los bienes fiscales (...) están llamados a prestar...”⁶²

Es así como, el cuadro de ingresos y egresos aportado al plenario que permite observar para lo corrido en el año 2005 una operación deficitaria económicamente del predio Villa Olímpica para COMFACAUCA (\$171.344.646), ratifica la ausencia de lucro del contrato y la existencia de la finalidad de prestar un servicio social a toda la comunidad, en la medida en que existe expresa estipulación en contrato en este sentido, así:

“OCTAVA.- AUSENCIA DE ANIMO DE LUCRO.- El presente contrato es de naturaleza gratuita, las partes contratantes voluntariamente aceptan que los fines perseguidos a través de las cláusulas del mismo son para beneficio social y sin ánimo de lucro. En consecuencia, EL CONTRATISTA se obliga a permitir el acceso tanto del público en general como de sus afiliados, de acuerdo con las normas que regulan las Cajas de Compensación Familiar y las establecidas por la Superintendencia del Subsidio Familiar y a no variar el uso y destinación del terreno que recibe en administración según el presente documento. PARAGRAFO.- Los ingresos provenientes del cobro de tarifas serán utilizados por EL CONTRATISTA en la recuperación de los gastos de administración, conservación y sostenimiento del mismo.

⁶² Concepto de 24 de julio de 2003, Rad. No.1.510, C.P. Susana Montes Echeverri.

En síntesis, no le asiste razón al actor cuando predica la ilegalidad del contrato y sobre ese supuesto la aplicación del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, en tanto el contrato no está prohibido, no tiene ni causa u objeto ilícito y cumple los requisitos de ley para su existencia, formación y validez (art. 1501 y 1502 del C.C.), sin que exista prueba de que la colectividad se vea afectada por la destinación que la Administración le ha dado al predio entregado en comodato y sobre el cual no se desprende de la titularidad del dominio.⁶³

Por lo expuesto, la Sala considera que por este hecho (celebración del contrato 001 de 2005) no existe vulneración o amenaza al derecho colectivo a la moralidad administrativa, dado que no se demostró que la Gobernación del Cauca y COMFACAUCA en el caso concreto hayan actuado apartados de la legalidad y con el claro propósito de satisfacer fines personales o de terceros desligados de aquellos propios de la función administrativa, o con mala fe o temeridad, deshonestidad o corrupción, etc. en su actuación.

2.4.2. De la defensa del patrimonio público

2.4.2.1. Sobre este derecho colectivo, la Sala se ha pronunciado en los siguientes términos:

“Se ha entendido que el concepto de patrimonio público cobija la totalidad de bienes, derechos y obligaciones, que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo⁶⁴. La defensa del patrimonio público, conlleva a que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, de acuerdo con las normas presupuestales, evitando con ello el detrimento patrimonial⁶⁵. Por ello, se concluye que la afectación de patrimonio público implica de suyo la vulneración al derecho colectivo de la moralidad administrativa.

“De acuerdo con el alcance que la jurisprudencia le ha dado al derecho colectivo al patrimonio público, cuya vulneración ha vinculado a la falta

⁶³ Razón por la cual no requería de una autorización específica de la Asamblea Departamental, como lo señaló en el recurso el apelante dado que ella se requiere en forma particular para “enajenar bienes”, de acuerdo con el numeral 9 del artículo 300 de la Constitución Política.

⁶⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, Sentencia de 31 de mayo de 2002, Exp. 25000-23-24-000-1999-9001-01.

⁶⁵ Así mismo la Sala indicó en sentencia del 31 de mayo del 2002, exp. AP-300 que “la regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia toda actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular”.

de honestidad y pulcritud en las actuaciones administrativas en el manejo de recursos públicos, no se encuentra en este caso que las conductas omisivas (...) hayan vulnerado o amenacen vulnerar el patrimonio público, como quiera que no se evidencia la existencia de detrimento al patrimonio estatal, ni la amenaza de que pueda presentarse tal detrimento.

“El concepto de patrimonio público es un concepto genérico que involucra todos los bienes del Estado, y que comprende en ellos los de todas sus entidades, a nivel central, o descentralizado territorialmente o por servicios. Habrá detrimento de ese patrimonio, cuando se produzca su mengua en él como consecuencia de una actividad no autorizada en la norma, pero no se presenta el detrimento, cuando una entidad estatal deja de hacer a otra de la misma naturaleza, una transferencia de sus recursos en los términos dispuestos en el ordenamiento jurídico, porque en ese caso, no habrá habido mengua en el patrimonio estatal.”⁶⁶

En jurisprudencia reciente, también ha puntualizado respecto al derecho colectivo al patrimonio público que este concepto no se agota en la enumeración de los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables ni en los que integran el territorio colombiano (artículos 63 y 101 C.P.), sino que:

“...el alcance de la noción de patrimonio público, prevista en el artículo 4 de la Ley 472, naturalmente incluye los bienes inmateriales y los derechos e intereses que no son susceptibles de propiedad por parte del Estado, pues existen eventos en que él mismo es el ‘sujeto’ llamado -a un título distinto de propiedad-, a utilizarlos, usarlos, usufructuarlos, explotarlos, concederlos y, principalmente, a defenderlos. “(...)

“Es por ello que al concepto de *patrimonio público*, en cuanto integrador de un derecho cuya titularidad corresponde a la colectividad, debe reconocérsele el alcance amplio que legalmente le corresponde, sin limitación alguna, incorporando en él tanto los bienes, derechos e intereses de los cuales sea titular el Estado o las entidades que lo conforman, como el conjunto de bienes, derechos e intereses de los cuales es titular la colectividad en general, lo cual no significa, en modo alguno, que los derechos que tienen identidad propia y que como tales constituyen objeto de tutela jurídica vayan a perder su individualidad y su posibilidad de ser protegidos de manera autónoma, por la sola consideración de formar parte integrante de aquél.”⁶⁷

Por lo demás, ha recalcado esta Sala acerca de la inescindibilidad que, por regla general, se presenta entre la vulneración a los derechos colectivos a la moralidad

⁶⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA., Sentencia de 4 de noviembre de 2004, Rad. AP-2305.

⁶⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 21 de febrero de 2007. Expediente: Ap 25000-23-25-000-2004-00413-01, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

administrativa y el patrimonio público, dado que por lo regular la vulneración de uno conduce a la conclusión sobre la vulneración del otro.

En efecto, se ha dicho 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 seguridad pública o el de la prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros...”*⁶⁸ Sin embargo, lo anterior no significa que eventualmente pueda presentarse la vulneración al patrimonio público o de otros derechos invocados como vulnerados con independencia de que exista o no violación a la moral administrativa, sino que necesariamente descartada la vulneración a la moralidad administrativa el accionante debe demostrar la afectación de los demás.

2.4.2.2. La acusación del demandante sobre la vulneración de este derecho colectivo al patrimonio público se concreta en la falta de acuerdo en el Contrato 005 de 2001 de una contraprestación económica por virtud de la entrega del disfrute y uso del inmueble, y que en cambio, si tiene que cancelar el Departamento del Cauca el impuesto predial del predio Villa Olímpica.

Bajo la óptica explicada en precedencia acerca de los efectos por la violación del derecho a la moralidad frente a otros derechos colectivos, en cuanto a la primera parte de la acusación relacionada con la gratuidad del contrato del *sub lite*, la Sala se remite al análisis realizado conforme al cual se concluyó la no transgresión a la moral administrativa, de donde se sigue que por dicho aspecto no existe vulneración al patrimonio público. En efecto, debe insistir la Sala que la no retribución económica deriva de la naturaleza gratuita del citado contrato de comodato, su finalidad no es la obtención de utilidades para COMFACAUCA sino la de prestar un servicio social, y los ingresos que se perciben por su utilización se deben destinar exclusivamente a sufragar los costos de administración y

⁶⁸ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 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”.

mantenimiento, los cuales traslada el Departamento del Cauca a dicha caja, liberándose así el ente departamental de esta carga económica, pese a que con él no se está transfiriendo la titularidad del dominio del predio, activo que permanece en el patrimonio de la entidad territorial. Es decir, si por tales razones no se transgredió la moralidad administrativa, por contera, tampoco se conculcó el patrimonio público.

En cuanto al segundo aspecto de la censura, relacionado con que el Departamento debe pagar el respectivo impuesto predial por los terrenos dados en comodato, además de que no se probaron tales pagos tal y como se explicó al valorar las pruebas, es claro que, como lo advirtió el *a quo*, dicho impuesto de conformidad con la normatividad vigente debe ser asumido por el titular del derecho de dominio del inmueble, razón por la cual no podría existir un detrimento al patrimonio público por el pago de una erogación en el caso de que en gracia de discusión él se encuentre legalmente a su cargo.⁶⁹

Por consiguiente, como no quedó demostrada una conducta ilegal por la cual se haya producido un detrimento patrimonial, o pérdida injustificada de unos recursos o sumas de dinero del presupuesto, o un manejo indebido e indelicado del mismo, o irresponsable del patrimonio inmobiliario de la entidad territorial, con ocasión de la celebración del Contrato 001 de 2005, es menester inferir que no se vulneró el derecho colectivo del patrimonio público.

3) CONCLUSIÓN

En este orden de ideas, estima la Sala que el recurso de apelación no está llamado a prosperar, por cuanto el acervo probatorio recaudado en este proceso no permite inferir la trasgresión a la moralidad administrativa y al patrimonio público y de la simple afirmación o análisis realizado por el accionante no se colige, como se analizó, una conducta lesiva o capaz de generar un daño, peligro grave o amenaza de los derechos colectivos estudiados.

⁶⁹ El impuesto predial unificado es aquel gravamen real que recae sobre los bienes raíces ubicados en un determinado municipio y se genera por la simple existencia del predio. Por ser un tributo del orden municipal, su administración, recaudo y control corresponde a los respectivos municipios de acuerdo con la legislación aplicable y los sujetos pasivos del mismo son los propietarios o poseedores de los inmuebles ubicados en la respectiva jurisdicción municipal. Este tributo no ha tenido un desarrollo legal pacífico respecto de todos sus elementos sustantivos: la Ley 48 de 1887, autorizó su imposición a los departamentos y luego fue modificado por las leyes 1 y 4 de 1913 y 34 de 1920, y sólo desde 1951 con los decretos 3185 y 4133 se convirtió en una renta municipal; posteriormente, se expidieron las leyes 14 de 1983 y 44 de 1990, esta última lo fusionó con los impuestos de parques y arborización, estratificación socioeconómica y sobretasa de levantamiento catastral, y paso a denominarlo "Impuesto Predial Unificado". Ver a este respecto: Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 5 de diciembre de 2002, Rad. 1469, C.P. Susana Montes de Echeverri.

Por ello, debe recordar la Sala que al actor le corresponde en estas acciones la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se asegura la vulneración de los derechos colectivos, quien si bien puede ser auxiliado por el juez en esta tarea, no se ve relevado totalmente de esa carga, como expresamente lo estableció el artículo 30 de la Ley 472 de 1998⁷⁰, máxime si se tiene en cuenta que actúa movido no sólo por el ánimo de proteger un derecho o interés colectivo, sino que a ése, se une el móvil de la retribución económica que la prosperidad de la acción le puede generar.

En conclusión, la falta de demostración de la existencia de amenaza o vulneración a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público conducen a que se nieguen las súplicas de la demanda y, por ende, a confirmar la decisión del *a quo*.

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:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia apelada, esto es, aquella dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca, el 7 de febrero de 2006.

SEGUNDO: 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

⁷⁰ La disposición del citado artículo 30 tiene sentido, cuando por razones de orden económico o técnico la carga de la prueba no puede ser cumplida por el demandante, caso en el cual el juez debe impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito.

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

ENRIQUE GIL BOTERO

ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA