

ACCION POPULAR - Fuero de atracción / FUERO DE ATRACCION - Acción popular

De conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 472 de 1998, corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer de las acciones populares originadas en “actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas”. En este sentido, basta verificar la connotación de “entidad pública” que detentan algunos de los sujetos procesales presentes en la acción, para concluir que el conocimiento de ésta le corresponde a esta Jurisdicción especializada, en consideración al denominado “fuero de atracción”. Como en el caso analizado, se encuentran dentro de las demandadas entidades de derecho público, como el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Financiera de Desarrollo Territorial S.A. FINDETER y Servicio Aéreo a Territorios Nacionales SATENA, el conocimiento de las acciones populares que contra éstas se instauren corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa en aplicación del fuero de atracción.

ACCION POPULAR - Contrato estatal / CONTRATO ESTATAL - Acción popular

Con relación a los contratos estatales, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la acción popular procede para impugnar dichos negocios jurídicos, siempre que se alegue la lesión de derechos colectivos. A pesar de que el tema, procedencia de la acción popular contra contratos estatales no fue pacífico en sus inicios, dada la existencia de tesis encontradas en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la primera que sostenía su improcedencia por existir la acción contractual, y la segunda que aceptaba su procedencia para determinar la vulneración de un derecho colectivo, dado el carácter principal de la acción popular, a partir del momento, en que la Sección Tercera del Consejo de Estado asumió en forma exclusiva el conocimiento de las acciones populares originadas en contratos estatales, se ha superado este problema jurídico acogiendo la segunda tesis, es decir, se ha aceptado que por vía de acción popular se puede discutir la legalidad de los contratos estatales. Nota de Relatoría: Ver sentencia de Sala Plena de 9 de diciembre de 2004, No. 2002-01204; de 5 de octubre de 2005, proceso 2001-01588

COPIAS SIMPLES - Valor probatorio. Entidad pública / DOCUMENTO AUTENTICO - Presunción. Copia simple

De acuerdo con los autos de 1 y 15 de abril de 2005, proferidos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y de conformidad con lo previsto en los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil, se tendrán como pruebas los documentos aportados en copias simples por las entidades públicas, y que fueron allegados con los respectivos escritos de contestación de la demanda, en cuanto el allegamiento de los mismos en la forma antes indicada, de una parte, implica el reconocimiento por parte de quien la aporta de la correspondencia de dicha copia con el original del mismo y, de otra parte, que el documento expedido por funcionario público, en ejercicio de su cargo o con su intervención, se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez, salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 del C. de P.C. En lo demás, la Sala se atenderá a las pruebas documentales que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, descartando las copias simples aportadas por particulares.

EMPRESTITO INTERNO - Definición legal / CONTRATO DE EMPRESTITO INTERNO - Requisitos / SATENA - Avión presidencial. Flota militar

El Empréstito Interno corresponde, según lo prescrito por los artículos 3º y 7º del Decreto 2681 de 1993, a una operación de crédito público que se celebra entre residentes del territorio nacional y tiene por objeto proveer a la entidad estatal contratante de recursos en moneda nacional con plazo para su pago. En general, la celebración de un contrato de empréstito interno requiere, en los términos del artículo 11 del decreto 2681 de 1993, de autorización impartida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante resolución que se profiere una vez se cuente con la minuta definitiva del contrato. Tal operación puede ser avalada por la Nación, previo concepto favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES y de la Comisión Interparlamentaria de Crédito Público, para cuyo efecto se requiere la constitución de una contragarantía en favor de la Nación. En forma previa a la celebración de cualquier operación de crédito público, las entidades estatales deben evaluar los diferentes mecanismos de financiamiento y su conveniencia financiera y fiscal. Con este propósito, la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda, tiene facultades para asesorar a las entidades estatales respecto de la obtención de recursos de crédito en condiciones favorables, de acuerdo con el proyecto que será objeto de financiación. En todo caso, las entidades estatales deben preferir el ofrecimiento más favorable, considerando factores de escogencia tales como: la clase de entidad financiera, oportunidad de los desembolsos, tipo de crédito, tasas de interés, plazos, comisiones y, en general, el costo efectivo del servicio de la deuda. En cuanto a la operación de empréstito que aquí se examina, encuentra la Sala que SATENA, Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Defensa Nacional, creada por el Decreto 940 de 1962 y reglamentada por la Ley 80 de 1968 y por los Decretos 1050 y 3130 de 1968, 2344 de 1971 y 3684 de 1985, entre otros, tiene por objeto el desarrollo de políticas y planes generales en materia de transporte aéreo para las regiones y, desde su origen, se le atribuyó la finalidad de “transportar funcionarios públicos”, así como la de colaborar con el Ministerio de Defensa Nacional en la ejecución de la política y planes generales en materia de acción cívico - militar (Ley 2180 de 1984). De otra parte, la Ley 80 de 1968 otorgó a SATENA la equivalencia de Comando Aéreo y, a sus aeronaves, la calidad de aviones militares, condición que le fue ratificada por el Consejo de Estado mediante sentencia ACU-198 de 19 de marzo de 1998, de manera que, habida cuenta que su flota aérea detenta status militar y, esta es, justamente, la característica del avión del primer mandatario, no encuentra la Sala falta de competencia, de capacidad o inhabilidad alguna que hubiere tornado en irregular, por ese solo hecho, la adquisición de la aeronave aludida por parte de esta empresa.

OPERACION DE REDESCUENTO - Concepto / CONTRATO DE REDESCUENTO - Concepto / TASA DE REDESCUENTO - Margen / FINDETER - Naturaleza jurídica / FINDETER - Objeto social exclusivo

Las operaciones de redescuento son mecanismos usados por el Estado para orientar el crédito a determinados sectores de la economía calificados como prioritarios, mediante el acceso a líneas de crédito subsidiadas a cero riesgo, en tanto éste se traslada directamente a los intermediarios financieros con los cuales, en últimas, traban su relación crediticia los sujetos de crédito. Técnicamente las operaciones de redescuento son transacciones tendientes a movilizar recursos entre “intermediarios de redescuento”, esto es, entre entidades financieras y bancos de segundo piso, a cambio del endoso de los títulos valores recibidos como garantía o de la cesión de los contratos que respalden los créditos a

descontar. El margen de redescuento, esto es, el porcentaje de recursos a desembolsar a través de tal operación, puede llegar a ser hasta del 100%, según la importancia estratégica que la actividad a financiar tenga para el Estado. De otra parte, el intermediario financiero, como es propio de cualquier actividad comercial, tiene derecho a percibir una remuneración por el servicio financiero prestado en tal transacción, que en el presente caso corresponde a la diferencia entre la tasa de interés que éste cobra al deudor del crédito y la tasa de interés que debe pagar a la entidad de redescuento, lo que se conoce como margen en la tasa de redescuento. Al respecto, conviene precisar que la Ley 57 de 1989 creó a FINDETER como una sociedad por acciones (de naturaleza pública), vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y sometida al control y vigilancia de la hoy Superintendencia Financiera. Según las disposiciones legales que informan su creación y funcionamiento, se trata de una entidad financiera de descuento, que tiene por objeto social exclusivo la promoción del "(...)desarrollo regional y urbano mediante la financiación y la asesoría en lo referente a diseño, ejecución y administración de proyectos o programas de inversión(...)". Se deduce de lo antes expuesto, que FINDETER - en su condición de establecimiento de crédito organizado como sociedad mercantil - debe dedicar su actividad al fin que le asignó la Ley 57 de 1989 y los numerales 1º y 2º del artículo 268 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y, por tanto, fuera de él carece de capacidad jurídica, pues precisamente el fin concreto señalado en el objeto social, que consiste en promover el desarrollo regional y urbano, reduce su esfera de acción para determinado género de negocios o actividades. Lo hasta aquí visto resulta suficiente para afirmar, con base en el derecho positivo vigente, que FINDETER sólo puede celebrar operaciones de redescuento a través de establecimientos de crédito vigilados por la hoy Superintendencia Financiera, cuando quiera que tales operaciones guarden una relación directa de medio a fin con su objeto social exclusivo. Por el contrario, tal capacidad jurídica no existirá cuando las operaciones en cita no cumplan con dicha condición, habida cuenta que en la medida en que se desborde la relación instrumental, se desbordará también la capacidad jurídica del ente societario. En consecuencia, la Sala advierte que la mencionada operación de descuento no guardó una relación de medio a fin con el objeto social exclusivo de FINDETER, en la medida en que si bien es cierto que el numeral 2º del artículo 270 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero autoriza la celebración de este género de operaciones activas de crédito, no es menos cierto que en el presente caso no se revela de manera evidente la promoción del desarrollo regional y urbano.

**MORALIDAD - Diferente a legalidad / LEGALIDAD - Diferente a moralidad /
MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Diferente de legalidad / ACTUACION
ADMINISTRATIVA ILEGAL - Acción popular / ACCION POPULAR - Actuación
administrativa ilegal**

La ilegalidad de una actuación administrativa comporta un análisis distinto al que implica un análisis axiológico o juicio de valor atinente a la moralidad administrativa, pues para que pueda hablarse de ilegalidad, debe partirse del hecho de que existe una norma que ha sido establecida en el Derecho Positivo, la cual en el evento de desconocerse, origina la ilegalidad del acto jurídico. Mientras que la segunda, esto es, la moralidad administrativa, es mucho más compleja, pues no está siempre contenida en una norma positiva, así las cosas, puede derivarse de los Principios Generales del Derecho, o incluso, encontrarse por fuera de las normas positivas, a través de lo que la sociedad considera como correcto y plausible para las instituciones públicas. De afirmarse que de la ilegalidad de un acto jurídico deviene directamente la vulneración de la moralidad administrativa, el Constituyente de 1991, no hubiese consagrado la acción

popular para la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, pues para ese efecto hubiese sido suficiente la acción pura de legalidad. Asegurar que la ilegalidad de un acto jurídico implica per se, el desconocimiento del derecho colectivo a la moralidad administrativa, sugiere necesariamente que legalidad y moralidad administrativa son dos conceptos iguales, lo cual como se explicó antes indicaría una involución conceptual en la Filosofía del Derecho. De aseverarse que la ilegalidad del acto jurídico tiene como consecuencia la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, significaría mutar la naturaleza de la acción popular en una acción de legalidad sui generis. Una vez, se han sustentado los razones por las cuales no es procedente afirmar que la ilegalidad del acto jurídico origine per se la vulneración del derecho a la moralidad administrativa, debe precisarse que, cuando dicha ilegalidad se presenta, para que pueda predicarse la vulneración de dicho derecho, es necesario probar que tal ilegalidad desconoció valores propios de la moralidad administrativa, es decir debe acreditarse un elemento adicional a la ilegalidad que tenga tal relevancia que indique de manera contundente y evidente el desconocimiento de dicho derecho colectivo. Descendiendo al caso en cuestión, la Sala echa de menos, prueba capaz de demostrar, de manera inequívoca, nexo entre la ilegalidad advertida y la efectiva violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa. Así pues, aunque se halla demostrado que FINDETER no estaba facultada para financiar proyectos que no estuvieran orientados al fomento y desarrollo territorial, y que en consecuencia no podía financiar la adquisición del avión presidencial, ello no indica per se, que se haya vulnerado el derecho a la moralidad administrativa. En otras palabras, la actuación de FINDETER que excede su capacidad legal, no puede ser considerada por la Sala como suficiente para encontrar violado este derecho. Nota de Relatoría: Ver Sentencia C-459/04 Corte Constitucional

ACCION POPULAR - Avión presidencial / AVION PRESIDENCIAL - Acción popular / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Carga de la prueba

En lo relativo al derecho colectivo a la moralidad administrativa, si bien se acreditó que FINDETER no se hallaba facultado para realizar la operación de redescuento, porque se trataba de la financiación de un proyecto que no estaba destinado a satisfacer necesidades regionales, y por ende se configuró un vicio de ilegalidad, la Sala estima que los conceptos de ilegalidad y moralidad administrativa no son equivalentes, en razón a que son categorías con naturaleza y alcance distintos, por eso no es suficiente la demostración de la ilegalidad de la actuación para concluir con ello que se ha vulnerado el derecho a la moralidad. Adicionalmente de la ilegalidad, se requiere probar que tal ilegalidad tiene tal impacto que conlleva de manera palmaria el desconocimiento del derecho a la moralidad administrativa, como esto último no fue acreditado en el proceso, no hay menoscabo de tal derecho. Referente al desconocimiento del derecho colectivo a la protección del patrimonio público, la Sala determina que los recursos desembolsados por el FINDETER fueron efectivamente invertidos en la compra del avión presidencial, por lo que no hay menoscabo a los intereses patrimoniales del Estado, por cuanto este bien hace parte de los activos fijos de SATENA. En lo atinente al derecho a la salubridad pública, no se demostró que proyectos de inversión en agua potable y saneamiento básico, hayan sido desatendidos por causa de las operaciones crediticias aquí analizadas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

Bogotá, D.C., cinco (5) de marzo de dos mil ocho (2008)

**Radicación número: 25000-23-27-000-2004-01402-02(AP)
(Acumulado con el 2004-01605)**

Actor: FRANCISCO JOSE VERGARA CARULLA Y OTRO

**Demandando: NACION - MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO -
FINDETER Y OTROS**

Referencia: ACCION POPULAR

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2005 por la Sub Sección B de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

I. ANTECEDENTES.-

1- Las Demandas

El 28 de junio de 2004, el señor Francisco José Vergara Carulla instauró acción popular para la defensa de la moralidad administrativa y el patrimonio público, en contra de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Financiera de Desarrollo Territorial FINDETER, el Banco Comercial AV Villas S.A., el Banco Popular S. A., el Banco de Bogotá, la Corporación Financiera Colombiana S.A., el Banco de Occidente y el Servicio Aéreo de los Territorios Nacionales SATENA, con ocasión de la celebración de un contrato de empréstito y una operación de redescuento dirigidos a adquirir un avión para el transporte del Presidente de la República, la cual fue radicada en la Sección Tercera - Subsección "B" con la referencia AP 2004-01-1605.

A su turno, el 27 de julio de 2004, el señor Carlos Felipe Manuel Remolina Botía, radicó en la Sub Sección B de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, demanda en acción popular para la defensa de la moralidad administrativa y el patrimonio público, con fundamento en los mismos hechos y contra los mismos demandados relacionados en la acción citada en el párrafo anterior, la cual fue repartida con el radicado No. AP 2004-1402.

En consecuencia, mediante auto de 31 de agosto de 2004, la Subsección “B” de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó la acumulación de los dos procesos antes señalados.

Las anteriores demandas se fundamentan en los siguientes

1.1. Hechos.-

La situación fáctica se resume así:

- El 19 de enero de 2004, el CONPES ordenó la compra y adecuación de un avión para el transporte del Presidente de la República con recursos de crédito hasta por US \$40 millones de dólares, que SATENA debía contratar; de la misma manera, autorizó para que la Nación garantizara dicho préstamo. La Junta Directiva de SATENA, mediante actas de 29 de enero y 12 de abril de 2004, autorizó la suscripción del crédito.
- El 23 de febrero de 2004, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expidió la resolución No. 500, por medio de la cual autorizó iniciar las gestiones para obtener el préstamo para la compra del avión por operación de crédito que debía realizarse con un plazo de 10 años y con la mejor tasa del mercado.
- El 23 de abril de 2004 el Comité Nacional de Crédito de FINDETER, autorizó el préstamo de dicho dinero (US\$ 40 millones de dólares o 116.000 millones de pesos); condicionando dicho préstamo a la utilización de un intermediario financiero, asignándole una comisión del 1.5% anual sobre el valor de los saldos del préstamo, suma de dinero que a lo largo de los 16 semestres del préstamo arroja un valor de \$10.895.799.982,18, misma que traída a valor presente en el momento de celebrarse la negociación equivale a \$7.336.541.765,65 (...)”¹.
- Según uno de los actores -expediente 2004-01402- esa comisión, implicaba tanto para SATENA como para la Nación un detrimento patrimonial. La

¹ Ver folio 2, C. 4

comisión se distribuyó entre los bancos privados de la siguiente manera: \$4.401'925.059,39 para el Banco de Bogotá y 733'654.176,56 para cada uno de los restantes bancos: de Occidente, Popular, AV Villas y la Corporación Financiera Colombiana. Para un total de \$7.336541.765,65.

- El 23 de abril de 2004, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público autorizó tal préstamo mediante la resolución 1033.
- El 29 del mismo mes y año, dicho crédito fue desembolsado por FINDETER a SATENA, por intermedio de los bancos que figuraban como intermediarios financieros y en la distribución, previamente asignada a ellos.

1. 2. Cargos.-

Expediente 2004-01402

A continuación se resumen los cargos formulados por el actor popular:

- Según el demandante, para la compra del avión presidencial, las entidades financieras demandadas simularon un crédito a favor de SATENA, lo cual les permitió apoderarse de una comisión anual de 1.5% sobre el valor de la deuda durante un período de 10 años. Además, la compra del avión se efectuó con recursos prestados por FINDETER a SATENA, hecho que configura un fraude a través de un contrato de intermediación. Esta circunstancia impide la administración de la cobranza del crédito y, en últimas, da lugar a la extinción de las obligaciones entre SATENA y FINDETER por confusión, al concurrir en una misma persona -LA NACIÓN-, las calidades de deudor y acreedor.
- Agregó el demandante, que se violaron los estatutos de FINDETER, toda vez que el artículo 10 de éstos "tiene sentido siempre y cuando los préstamos se coloquen, conforme lo ordena el artículo séptimo, entre instituciones territoriales con baja capacidad gerencial y de pago, circunstancia que justifica la exigencia del intermediario financiero como administrador del crédito y garante del deudor. Pero si el deudor es la Nación (a quien FINDETER no le puede prestar por estatutos) la misma

Nación con la camiseta de prestamista no necesite (sic) fiadores de sí misma que cobran de (sic) siete mil millones de pesos”.²

- Finalmente, adujo que la compra de un avión para el transporte del señor Presidente de la República, no se encuentra contemplada dentro de las actividades que debe financiar FINDETER.

Expediente 2004-01605

- Se configuró la nulidad de la operación de crédito antes señalada, por objeto ilícito, toda vez, que la adquisición y adecuación de una nave presidencial nada tiene que ver con los programas o proyectos que le corresponde financiar a FINDETER, según el artículo 1º de la Ley 57 de 1989, 268 numeral 2º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo 5º de los estatutos de FINDETER, artículo 1º del Decreto 1577 de 1996 y 1º del Decreto 3165 de 2003. Por otra parte, dicha transacción comercial no busca promover el desarrollo regional y urbano, que es una de las características de los proyectos que debe financiar FINDETER.
- Con la conducta desplegada por FINDETER se lesionó el patrimonio público al no ser manejados los recursos con la debida diligencia y cuidado, aspecto que no se enmarca dentro de los criterios de pulcritud y honestidad, pues la aprobación de una operación de \$ 116.000'000.000, redujo en la misma cantidad el patrimonio de inversión social de FINDETER, beneficiando de paso a algunos intermediarios financieros a través de los jugosos beneficios originados en la tasa de redescuento. Por tal vía, el actor encuentra vulnerado, además, el derecho a la salubridad pública.³

1.1.3. Pretensiones.-

Expediente 2004-01402

“(…)

Primero.- Que las personas naturales y jurídicas demandadas vulneraron los derechos colectivos relacionados con la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público.

² Ver folio 6, C.4

³ Éstos se encuentran relacionados de los folios 55 a 73 del Cuaderno 5.

Segundo.- Que el contrato de empréstito firmado entre Servicio Aéreo de los Territorios Nacionales SATENA, como deudora y los bancos de Bogotá, de Occidente, Popular S. A, Comercial AV Villas S. A. y Corporación Financiera Colombiana S. A., como acreedores por 40 millones de dólares para la compra del avión presidencial tiene como objeto real y verdadero engañar a la opinión pública haciendo creer que son esos bancos los que prestan el dinero.

Tercero.- Que en consecuencia, la comisión de intermediación a cargo de Servicio Aéreo de los Territorios Nacionales SATENA, y a favor de los bancos de Bogotá, de Occidente, Popular S.A., Comercial AV Villas S. A. y Corporación Financiera Colombiana S. A., que a valor presente de la fecha de la firma del contrato tiene un valor de SIETE MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y UN MIL SETECIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS CON 65/100 (\$7.336.541.765,65) distribuidos entre:

BANCO DE BOGOTÁ	\$4.401.925.059,39
BANCO DE OCCIDENTE	\$ 733.654.176,56
BANCO POPULAR	\$ 733.654.176,56
CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA	\$ 733.654.176,56
BANCO COMERCIAL AV VILLAS	\$ 733.654.176,56

Carece de objeto lícito y por lo tanto es una obligación nula.

Cuarto.- Que los bancos de Bogotá, de Occidente, Popular S. A., Comercial AV Villas S. A., y Corporación Financiera Colombiana S. A., no han desembolsado suma alguna de dinero a favor de servicio Aéreo de los Territorios Nacionales SATENA, en cumplimiento del contrato de empréstito firmado entre esos bancos y esa empresa industrial y comercial del Estado en la segunda quincena del mes de abril de 2004.

Quinto.- Que el contrato de empréstito firmado entre los Bancos de Bogotá, de Occidente, Popular S. A., Comercial AV Villas S. A., y Corporación Financiera Colombiana S. A., como acreedores y servicio Aéreo de los Territorios Nacionales SATENA, es simulado, porque ni los bancos quisieron dar dinero en préstamo a la empresa industrial y comercial del estado, ni lo dieron, ni esta lo recibió.

Sexto.- Que los dólares americanos que el Banco de Bogotá giró al Gobierno Norteamericano por concepto de pago de la compra del avión presidencial, no provinieron de sus propios recursos, sino que los suministró 'Financiera de Desarrollo Territorial FINDETER' por cuenta de 'Servicio Aéreo de los Territorios Nacionales SATENA'.

Séptimo.- Que se prohíba a 'Servicio Aéreo de los Territorios Nacionales SATENA' y a la Nación pagar la comisión de intermediación a los bancos de Bogotá, de Occidente, Popular S. A., Comercial AV Villas S. A. y a Corporación Financiera Colombiana S. A., y a estos también se les prohíba cobrarla. En caso de que para el momento en que se ejecutorie la sentencia que resuelva esta demanda, ya se hayan hecho pagos, que los demandados solidariamente restituyan lo recibido, debidamente indexado, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la orden.

Octavo.- Que se prohíba a 'Servicio Aéreo de los Territorios Nacionales SATENA' y a la Nación pagar suma alguna a los bancos de Bogotá, de Occidente, Popular S. A., Comercial AV Villas S. A., y Corporación Financiera Colombiana S. A., como pago del aparente préstamo que los segundos aparentemente hicieron a la primera, para la compra del avión presidencial.

Noveno.- Que se declare que el real y verdadero contrato de empréstito para la compra del avión presidencial, es uno celebrado sin solemnidad alguna, verbalmente, entre Financiera de Desarrollo Territorial FINDETER, como parte que entrega el dinero prestado y Servicio Aéreo de los Territorios Nacionales SATENA, como parte que recibe el dinero prestado en el que las cláusulas sustanciales son similares a las que existen en el contrato al que se refiere la declaración Tercera, con la diferencia de que el acreedor es Financiera de Desarrollo Territorial FINDETER y no los bancos de Bogotá, de Occidente, Popular S. A., Comercial AV Villas S. A., y Corporación Financiera Colombiana S. A., y de que no existe una comisión de intermediación del 1,5% anual.

Décimo.- Sírvase ordenar al Gobierno Nacional que tome nota sobre el detrimento patrimonial evitado a Servicio Aéreo de los Territorios Nacionales SATENA, para que sea incluidos en todos los registros que la ley ordena llevar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al departamento de Planeación Nacional y a los demás sistemas de contabilidad nacional.

Décimo primero.- Sírvase declarar que esta acción popular evita un detrimento patrimonial del Estado por valor de SIETE MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y UN MIL SETECIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS CON 65/100 (\$7.336.541.765,65) y en consecuencia, por tratarse de la defensa de la moral administrativa, reconocer a mi favor un incentivo del 15% del valor del detrimento patrimonial evitado a la empresa industrial y comercial del estado 'Servicio Aéreo de los Territorios Nacionales SATENA', conforme al artículo No. 40 de la ley 472 de 1998.

Sírvase ordenar que el incentivo sea pagado solidariamente por las personas que cito a comparecer en este proceso. Desde ahora renuncio a que el incentivo sea pagado por el Estado”⁴.

Expediente 2004-01605

“PRIMERA. DECLARAR que la operación de crédito con redescuento aprobada u otorgada mediante acta No. 104 de 23 de abril de 2004 por el Comité de Crédito de la FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S. A.-FINDETER- en cuantía de ciento dieciséis mil millones de pesos (\$116.000'000.000,00), en beneficio del Servicio Aéreo de los Territorios Nacionales -SATENA- y con la participación como intermediarios financieros de los Bancos Av Villas S. A., de Bogotá, Popular, de Occidente, y la Corporación Financiera Colombiana S. A., vulneró los intereses y derechos colectivos relacionados con la moralidad administrativa, el patrimonio público y la salubridad pública.

⁴ Folios 10 y 11 del cuaderno 4.

SEGUNDA. DECLARAR LA NULIDAD POR OBJETO ILÍCITO de la operación de crédito con redescuento aprobada mediante acta No. 104 del 23 de abril de 2004 por el Comité de Crédito de la FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S. A., -FINDETER- en cuantía de ciento dieciséis mil millones de pesos (\$116.000'000.000,00), en beneficio del servicio Aéreo de los Territorios Nacionales -SATENA- y con la participación como intermediarios financieros de los Bancos AV Villas, de Bogotá, Popular, de Occidente, y la Corporación Financiera Colombiana.

TERCERA. DECLARAR que los Bancos Av Villas, de Bogotá, Popular, de Occidente, y la Corporación Financiera Colombiana, tienen la obligación de reintegrar a la FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S. A., -FINDETER- todas las sumas que en su beneficio y/o por su intermedio redescantaron y/o les fueron giradas o desembolsadas por causa y con ocasión de la operación de crédito aprobada mediante acta No. 104 de 23 de abril de 2004 por el Comité de Crédito de FINDETER, incluyendo los intereses comerciales que dichas sumas pudieron haber generado y que se liquidarán desde la fecha del desembolso de los recursos y hasta la fecha de su reintegro efectivo.

CUARTA. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, ORDENAR a los Bancos Av Villas S. A., de Bogotá, Popular, de Occidente y la Corporación Financiera Colombiana S. A., que dentro del término perentorio que establezca el Tribunal Administrativo de Cundinamarca reintegren a la FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S. A., -FINDETER- todas las sumas que en su beneficio y/o por su intermedio redescantaron y/o les fueron giradas o desembolsadas por causa y con ocasión de la operación de crédito aprobada mediante acta No. 104 de 23 de abril de 2004 por el Comité de Crédito de FINDETER, incluyendo los intereses comerciales que dichas sumas pudieron haber generado y que se liquidarán desde la fecha del desembolso de los recursos y hasta la fecha de su reintegro efectivo.

QUINTA. En SUBSIDIO de la anterior pretensión, ORDENAR a la FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S. A., -FINDETER- que dentro del término perentorio que establezca el Tribunal Administrativo de Cundinamarca proceda a gestionar y realizar efectiva y positivamente todas las gestiones y actuaciones administrativas y judiciales que con fundamento en las declaraciones adoptadas en el fallo sean necesarias y conduzcan materialmente a lograr que las entidades financieras Bancos Av Villas, de Bogotá, Popular, de Occidente y la Corporación Financiera Colombiana, reintegren al patrimonio de la entidad todas las sumas que en su beneficio y/o por su intermedio redescantaron y/o les fueron giradas o desembolsadas por causa y con ocasión de la operación de crédito aprobada mediante acta No. 104 de 23 de abril de 2004 por el Comité de Crédito de FINDETER, incluyendo los intereses comerciales que dichas sumas pudieron haber generado y que se liquidaran desde la fecha del desembolsos de los recursos y hasta la fecha de su reintegro efectivo.

SEXTA. ORDENAR a la FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S. A. -FINDETER- que se abstenga de desembolsar y/o girar a cualquier entidad o persona jurídica o natural y a cualquier título sumas o valores adicionales que estén pendientes de ello por concepto de la operación de crédito con redescuento autorizada mediante acta No. 104 de 23 de abril de 2004 por el Comité de Crédito de FINDETER por cuantía de ciento

dieciséis mil millones de pesos (\$116.000'000.000,00), en beneficio del Servicio Aéreo de los Territorios Nacionales -SATENA- y con la participación como intermediarios financieros de los Bancos Av Villas S. A., de Bogotá, Popular, de Occidente y la Corporación Financiera Colombiana S. A.

SÉPTIMA. CONDENAR solidariamente a la FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S. A., -FINDETER- y a los Bancos Av Villas S. A., de Bogotá, Popular, de Occidente y a la Corporación Financiera Colombiana S. A., a pagar el incentivo económico para el demandante previsto en la ley 472 de 1998, de conformidad con la determinación que sobre el particular realice el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, teniendo en cuenta tanto los derechos colectivos que señalo como vulnerados como el valor que recupere la entidad pública en razón de la acción popular ⁵

2. Actuación Procesal en la Primera Instancia.-

2.1. Admisión de la demanda.-

Mediante auto del 26 de julio de 2004 la Sub Sección B de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda presentada por el ciudadano Francisco José Vergara Carulla contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, La Financiera de Desarrollo Territorial -FINDETER, Banco Comercial AV VILLAS S.A., Banco Popular S.A., Banco de Bogotá S.A., Corporación Financiera Colombiana S.A, Banco de Occidente y la Empresa Comercial del Estado Servicio Aéreo a Territorios Nacionales SATENA (fls. 78 y 79 C.4)

Posteriormente, el 31 de agosto de 2004, dicha Sub Sección decretó la acumulación del proceso 2004-1605 al 2004-01402, y en el mismo auto admitió la demanda instaurada por Carlos Felipe Manuel Remolina correspondiente al proceso 2004-01605 (fls.295-297, C. 4)

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 472 de 1998, se informó a los miembros de la comunidad la existencia de la acción popular, a través de las publicaciones realizadas en el diario El Espectador el 06 de agosto de 2004 y el 28 de noviembre de 2004, respectivamente. (Fls.119 del C1y 682, C.4) .

⁵ Folios 73 a75 del Cuaderno 5.

2.2. Contestación de la demanda.-

Efectuadas las respectivas notificaciones, las entidades demandadas presentaron en tiempo la contestación de la demanda, oponiéndose a las pretensiones planteadas, así: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante escrito radicado el día 11 de agosto de 2004 (Fls 200 a 234 del cuaderno No.1). FINDETER, mediante escrito de 12 de agosto de 2004(Fls 236 a 262 de C1); Servicio Aéreo a Territorios Nacionales SATENA, mediante escrito de 13 de agosto de 2004 (Fls 271 a 288 del C1); Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera), mediante escrito de 01 de septiembre de 2004 (Fls 355 a 376 de C1); Banco de Bogotá, por escrito radicado el día 04 de septiembre de 2004 (Fls 392 a 412 y 468 a 486 del cuaderno No. 2); Banco de Occidente, por escrito radicado el día 28 de septiembre de 2004 (Fls 448 a 467 del cuaderno No.2); Banco Comercial AV VILLAS, mediante escrito de 08 de octubre de 2004. (Fls 487 a 505 y 582 a 596 del cuaderno 2); Corporación Financiera Colombiana, mediante escrito radicado el 04 de octubre de 2004. (Fls 506 a 528 de cuaderno 2)

Las demandadas sustentaron su defensa en los siguientes argumentos y excepciones:

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Frente a los hechos, manifestó que en la demanda no se determinó específicamente la violación de los derechos e intereses colectivos que se pretenden proteger, toda vez que el actor se limitó a lanzar acusaciones subjetivas.

A su juicio, no se tuvo en cuenta que las operaciones de crédito público que realiza la Nación son por naturaleza, regladas y encuentran su sustento jurídico en el estatuto de contratación estatal. En atención a esto, encontró que el procedimiento de crédito se siguió con estricto apego a las disposiciones pertinentes.

Indicó que de acuerdo con la naturaleza jurídica de FINDETER, se trata de un “Banco de segundo Piso”, esto es, un banco de fomento, que no capta dineros del público ni los coloca directamente, sino a través de sus intermediarios financieros (bancos comerciales). Esto se justifica, en que entidades de este tipo han sido

creadas especialmente para fomentar el desarrollo y para generar actividades productivas en sectores previamente definidos. En conclusión, adujo, que un banco de segundo piso canaliza recursos financieros al mercado a través de otras instituciones financieras intermediarias, complementando de esta forma la oferta de recursos que se pone a disposición del sector empresarial.

Agregó que es propio del objeto social y de las funciones de FINDETER, celebrar operaciones, como la desarrollada con SATENA para el redescuento del crédito que las mencionadas instituciones financieras le concedieron para la compra del avión presidencial; con ello encontró claro que no existió ningún contrato de mutuo entre FINDETER y SATENA, porque legalmente era imposible celebrarlo y de haberlo hecho hubiera sido violatorio de la moralidad administrativa.

Adujo que el acto administrativo cuestionado con la acción popular (Resolución 1033 de 2004) es un acto complejo y que su producción demandó un conjunto de etapas previas y, en síntesis, nada puede reprocharse de las actuaciones del Ministerio de Hacienda, de FINDETER, de SATENA, ni de los bancos, porque todas las operaciones financieras que realizaron se hicieron con base en el Estatuto Orgánico Financiero y acudiendo al mecanismo económico más conveniente para suplir una necesidad nacional.

Con ocasión de las anteriores consideraciones, se opuso a las pretensiones de la demanda y afirmó que no existe fundamento jurídico para considerar violado el derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa, puesto que se encuentra más que justificada la actuación de todas las entidades tanto públicas como privadas que participaron en la operación.

Así mismo, consideró que el derecho a la defensa del patrimonio público no resultó tampoco violado, porque con la resolución 1033 de 2004, lo que se hizo fue plantear el mejor escenario desde el punto de vista económico y con miras a preservar el patrimonio público, dando así seguridad a los ciudadanos de que los recursos públicos no se desviarán para fines distintos, ajenos al interés general.

Aseguró que en el caso que nos ocupa, no puede hablarse de simulación del contrato, pues tal apreciación se deriva del desconocimiento del actor de la manera como opera un crédito redescontable.

Precisó, que en gracia de discusión, y de aceptarse los supuestos que plantea la demanda, ésta manifiesta que debe declararse simulado el contrato entre SATENA y los bancos aquí demandados, el que fue tan real que en efecto éstos hicieron los desembolsos a aquélla en la proporción respectiva, y de no haber sido así hubiera sido imposible efectuar la negociación de la avión.

Formulo las siguientes excepciones:

Falta de competencia: Habida cuenta que el actor pretende la declaratoria de simulación de un contrato, pretensión que no encaja dentro del objeto de la acción popular, dado que la finalidad de ésta no es la de declarar situaciones jurídicas sobre la existencia, validez o ejecución de contratos y menos cuando no se presenta vulneración de derecho alguno.

Improcedencia de las acciones populares en materia contractual: En su concepto, la acción popular no se instituyó para abordar situaciones típicamente contractuales, porque el legislador previó mecanismos especiales que garantizan el debido proceso que se sujetan a las reglas propias. (fls. 200-233, c.4)

Financiera de Desarrollo Territorial S.A. FINDETER

Se opuso a las pretensiones de la demanda y solicitó que éstas fueran denegadas.

Explicó su naturaleza jurídica y concluyó para el efecto, que su objeto específico es redescantar créditos, lo que significa que todas las operaciones de crédito que realiza se efectúan a través de este sistema; éstas, agregó, tienen carácter enunciativo y no taxativo, de conformidad con lo previsto en sus estatutos. Resaltó que no existe norma que la autorice para actuar como un banco de primer piso en las operaciones de redescuento; es decir, que no puede otorgar créditos de manera directa e inmediata a los beneficiarios, porque de ser así se desconfiguraría su esencia.

Aseguró que no es cierto, que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público hubiese simulado que el sector privado financiaba la compra venta del avión, toda vez que, el contrato de empréstito suscrito entre SATENA y los bancos es válido para realizar la intermediación del crédito ante FINDETER; contrato que, además constituye un requisito ineludible que deben cumplir todos los intermediarios

financieros con los beneficiarios del crédito, para que aquellos puedan intermediar el crédito con FINDETER.

Indicó que la “maquinación” alegada por el actor es inexistente, puesto que toda operación crediticia realizada por FINDETER está sustentada en la ley y los recursos están garantizados con los bienes de los intermediarios financieros.

Advirtió que de acuerdo a lo anterior, es claro que la acción popular aquí incoada lo que busca es confundir una operación crediticia legal y transparente, demostrando su desconocimiento total sobre la operación financiera de redescuento.

Explicó que la operación que dio lugar a la iniciación de la demanda es una operación comercial de carácter financiero, en donde existen obligaciones recíprocas entre FINDETER como entidad de redescuento, el intermediario como banco de primer piso y el beneficiario del crédito, quien en últimas debe reconocer y pagar al intermediario los costos derivados de la operación realizada entre ellos.

Indicó que no es cierto, que la operación crediticia cuestionada no se encuentre contemplada dentro de las actividades de redescuento de FINDETER, porque como antes lo anotó, la enunciación de las operaciones crediticias que puede realizar es enunciativa y no taxativa.

Propuso las siguientes excepciones:

Buena fe: En atención a que ciñó su actuar a la ley en todo lo relacionado con el giro ordinario de sus funciones, respetando los principios que la originaron como una entidad de redescuento, de conformidad con el artículo 5 de la ley 57 de 1989 y el artículo 6 de sus estatutos. Con lo anterior, adujo que era incontrovertible concluir que al redescantar al beneficiario SATENA a través de las entidades financieras que participaron como intermediarias, actuó de buena fe y enmarcado dentro de la ley y las normas internas que rigen las operaciones de crédito al interior de la financiera. Sostuvo, que el crédito otorgado a SATENA, con intermediación financiera, desde el punto de vista comercial, es idéntico a todas las operaciones de crédito que convencionalmente realiza, de manera independiente a su monto y el beneficiario.

Inexistencia de relación contractual entre FINDETER y SATENA: Adujo que en cuanto se halla acreditado que el negocio realizado por FINDETER, no es un contrato, sino que obedece a la figura legal de redescuento, debe inferirse, que la petición que hace el accionante en el sentido de que se le reconozca el 15% de lo que se recupere por la acción popular instaurada, no procede.

Inexistencia de la prueba de la defraudación que ofende la moral administrativa y vulnera el patrimonio público: Indicó que el actor partió de supuestos falsos al suponer contratos inexistente entre FINDETER y SATENA, así como cuando se refirió a la garantía de la Nación. Esos supuestos no prueban la vulneración de los derechos colectivos alegados, evidenciándose así, la intención única del actor de reclamar en su favor un beneficio pecuniario.

Falta de relación causal entre lo demandado y lo pretendido: Manifestó que no puede aceptarse que la acción popular sea el mecanismo idóneo para declarar la falsa motivación del negocio jurídico ya referido, pues, ésta se predica de los actos administrativos. Igualmente, que para probarla se requiere demostrar la divergencia entre las realidades fácticas y jurídicas que habrían llevado a la producción del acto. Coligió de esta manera que, las afirmaciones del demandante sobre la desviación de poder, objeto ilícito y la nulidad del contrato carecen de sustento tanto jurídico como probatorio. (fls. 236-261, C.4)

SATENA

Solicitó que se declaren probadas las excepciones de buena fe, ilegitimidad en la causa por pasiva, inexistencia de la ilicitud que vicia de nulidad el contrato, inexistencia de acciones u omisiones por parte de SATENA con relación a la presunta vulneración de los derechos colectivos reclamados y acción improcedente por existir otros medios judiciales.

Fundamentó las excepciones, con los siguientes argumentos:

Afirmó que, SATENA realizó un estudio de mercado para la financiación del avión presidencial, por eso el 6 de febrero de 2004 publicó en su página Web la primera invitación dirigida a la totalidad de instituciones financieras nacionales, para cotizar la financiación del Proyecto Adquisición y Adecuación del Avión Presidencial,

mediante un empréstito interno hasta por la suma equivalente en pesos de US \$40 millones de dólares de los Estados Unidos de América.

En dicha invitación se establecieron dos modalidades de financiación:

Opción 1. Crédito directo con recursos de instituciones financieras, en la que se preveía que los recursos del empréstito serían de propiedad de las entidades financieras ó que por sus propios medios buscarían el financiamiento con terceros.

Opción 2. Redescuento hasta del 100% con FINDETER con tasa de intermediación máxima del 2%, que contemplaba que los recursos serían suministrados por FINDETER bajo la línea de redescuento ordinario existente entre ésta entidad y las entidades financieras nacionales, para la financiación de proyectos de inversión en activos productivos.

El 23 de febrero de 2004 SATENA publicó por el mismo medio, invitación a cotizar a entidades financieras internacionales.

Por esto, SATENA recibió cotizaciones de siete entidades financieras acogiendo la opción 2, esto es a través de financiamiento interno con redescuento de FINDETER, ninguna de ellas ofreció financiamiento parcial o total con recursos propios. Adicionalmente, SATENA recibió once propuestas de entidades financieras internacionales, para crédito externo. Todas con excepción de DYNACON exigían garantía Eximbank de USA por el 85%, es decir, con recursos de esta entidad de fomento de los Estados Unidos. La propuesta de DYNACON ofrecía un préstamo comercial directo con tasas de interés de la PRIME + 3.7% la cual estaba por fuera de los parámetros propuestos en la invitación a cotizar.

SATENA estableció que las condiciones más favorables para el país, correspondían a las proporcionadas en el crédito interno con redescuento de FINDETER por representar una economía cercana al 2% en costo financiero, es decir, más de \$12.700 millones de pesos, frente al financiamiento con recursos de los bancos bajo la modalidad de la opción de crédito directo. Adicionalmente tal tipo de empréstito no exige el establecimiento de seguros de crédito, como sí sucede con el endeudamiento externo. Así pues, los ofrecimientos con endeudamiento externo representaban un sobre costo financiero de más de 2% al comparar la Tasa Interna de Retorno (TIR) calculada por la Dirección General de

Crédito Público y del Tesoro Nacional de 14.57% para la mejor oferta (ABN AmroBank) frente a la TIR del 12.35 para las entidades del GRUPO AVAL. De lo que colige que, bajo este financiamiento externo, el Estado incurriría en sobre costo por seguro de riesgo exigido por EXIMBANK entre 12.21% y 14% sobre el valor garantizado por esta entidad.

Por otra parte, el apoderado de SATENA puntualizó que según se lee en la demanda presentada por Carlos Felipe Manuel Remolina Botía, lo que origina la acción popular no es la compra del avión presidencial, sino la inexistencia de facultades de FINDETER para contratar, de lo que concluyó que SATENA no está legitimada en la causa por pasiva, en tanto que no es la llamada a responder por situaciones que escapan a la esfera de su competencia.

Pidió que se declarara probada la excepción de buena fe, puesto que SATENA solo actuó como vehículo de gestión acorde a los actos administrativos que para el efecto expidieron las entidades competentes.

Para terminar, adujo que la acción es improcedente porque existen otros medios para alegar la nulidad del contrato en comento. (688-717, C.6)

Superintendencia Bancaria de Colombia

Si bien ésta no fue demandada dentro de los procesos objeto de análisis, participó voluntariamente en la presente acción popular, habida cuenta que ejerce supervisión sobre gran parte de las entidades demandadas.

Frente a los derechos que se alegan como violados o amenazados, indicó que el ejercicio de la supervisión que ésta realiza no puede extenderse de manera indiscriminada a decisiones económicas que son del exclusivo resorte de las entidades estatales que participaron en la operación crediticia; por lo anterior, su intervención no la hizo en calidad de entidad pública encargada de proteger los derechos a la moralidad administrativa y el patrimonio público, pues de acuerdo con los fundamentos fácticos, de la acción, las censuras escapan a la órbita de su competencia, toda vez que a ella no le han sido atribuidas funciones para la protección y defensa de estos derechos.

Resaltó la falta de competencia para intervenir en las operaciones negociales o contractuales de sus vigiladas, toda vez que su actividad se concreta *a posteriori* y para ejercerla está sometida a términos de caducidad. En tal sentido, sus facultades son eminentemente administrativas, razón por la cual, no puede invadir la esfera contractual de sus vigiladas, ni entrar a modificar las cláusulas contractuales acordadas por las partes en el contrato. Por lo tanto, el alcance de las funciones de la Superintendencia no contempla la posibilidad de impartir órdenes tendientes a modificar el alcance de las disposiciones contractuales.

Concluyó que cada una de las labores a su cargo corresponde a unas facultades específicas (de aprobación u objeción para el funcionamiento de entidades, respecto de la actividad de las entidades, de control y vigilancia, de supervisión y de prevención y sanción) las cuales se aplican de acuerdo con las circunstancias propias de la institución; sin embargo, dichas facultades no le permiten coadministrar la entidad que está sometida a su control. (fls 355- 376, C.4)

Banco de Bogotá:

Formuló los siguientes medios exceptivos:

Falta de competencia y jurisdicción: basada en que la jurisdicción contencioso administrativa no es la competente para conocer por vía de acción popular, conflictos originados con ocasión de la celebración de contratos estatales.

Inexistencia de vulneración o amenaza de derechos colectivos: Fundada en que la celebración del empréstito cumplió con los requisitos señalados por la ley para tal efecto.

Afirmó que muestra de ello, es el hecho según el cual, SATENA invitó a cotizar el 6 y 23 de febrero de 2004, a las instituciones financieras nacionales e internacionales, y que el resultado de dicha convocatoria fue la presentación de 7 ofertas de entidades financieras nacionales y 11 entidades financieras internacionales que, evaluadas por la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional permitieron que el 24 de marzo de 2004 SATENA recomendara la presentada por el Banco de Bogotá, Banco de Occidente, Banco Comercial, Corporación Financiera Colombiana y AV VILLAS.

Improcedencia de la acción popular: Alegó que las acciones populares no fueron concebidas para declarar la simulación, fraude, existencia, inexistencia o nulidad de contratos, tampoco para determinar presuntas irregularidades de los funcionarios públicos y menos conductas particulares desplegadas en la celebración de un negocio contractual.

Buena Fe: Afirmó que el Banco de Bogotá actuó de buena fe en todas las actuaciones que rodearon el crédito en cuestión.

Falta de Legitimación en la causa por pasiva: por su calidad de entidad financiera privada, y la ausencia de ejercicio de función administrativa.

(fls. 471 a 484, Cuaderno principal No. 2)

Banco Comercial AV VILLAS

Propuso las siguientes excepciones :

Inexistencia de vulneración de derechos colectivos: Estableció que las operaciones de crédito y de resdescuento que se hicieron para satisfacer la necesidad señalada por el CONPES se sujetaron en todo a las normas legales, por lo que mal puede sostenerse que se vulneró el patrimonio del Estado

Aclaró que no existe ninguna “comisión” como lo señala el actor, sino la tasa propia de la operación de crédito y la tasa de resdescuento. Así también, que las condiciones financieras de la operación de crédito fueron conocidos por SATENA previamente a su realización, de manera que esta entidad seleccionó de entre otras ofertas la que más favorable resultó.

Legalidad de la operación: Adujo que, de conformidad con el artículo 270 del Decreto 663 de 1993, FINDETER es una entidad financiera de descuento, por lo que no puede otorgar ningún crédito directamente; que SATENA contaba con las autorizaciones para la operación de crédito; que existían las autorizaciones legales para que la Nación otorgara la garantía necesaria para el empréstito; que las entidades prestamistas fueron las que escogió SATENA de acuerdo a las condiciones presentadas. De ello colige, que la operación se ciñó a la ley, que obedeció a las necesidades del ejecutivo, por lo que no puede existir vulneración de los derechos colectivos alegados como vulnerados

Improcedencia de la Acción Popular: Esta excepción se basa en idénticos planteamientos a la excepción propuesta por el Banco de Bogotá, esto es, la improcedencia de la acción popular para discutir asuntos atinentes a contratos estatales.

Inexistencia de simulación: Afirmó que en el contrato de empréstito celebrado con FINDETER, los bancos participantes, se comprometieron a otorgar el empréstito al prestatario, a hacer los desembolsos en la forma señalada, a suscribir los documentos que garantizaban el crédito, a administrar en general el crédito, a pagar a FINDETER el capital y los intereses en la forma acordada, luego no es cierto lo afirmado por el actor en cuanto a que SATENA deba hacer los pagos a FINDETER.

Inexistencia de Confusión: Aseguró que no existe confusión de las obligaciones, en razón a que la operación crediticia se estructuró con personas jurídicas diferentes entre sí; SATENA compró el avión, FINDETER recibió rendimientos por el préstamo que realizó, y los intermediarios administran el crédito.

Falta de competencia y de legitimación pasiva : Adujo que el artículo 15 de la ley 472 de 1998 establece que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones populares “originadas en actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas” Por lo tanto, si las entidades financieras demandadas no tienen el carácter de entidades públicas, ni de personas privadas que ejerzan funciones administrativas, no hay legitimación pasiva para acudir en acción popular ante esta jurisdicción.

Firmeza de los actos administrativos: Expresó que de conformidad con el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo cuando un acto administrativo haya creado una situación jurídica de carácter particular y concreta, no puede ser revocado sin el consentimiento del respectivo titular, y en el caso analizado ello no ocurrió con relación al acto que autorizó adelantar la operación de redescuento financiero (fls. 491-503, C.6) .

Banco Popular

Propuso como excepciones:

Improcedencia de la acción popular: Preciso que los contratos que celebró cumplieron con todas las autorizaciones legales y estatutarias, que se exigen como indispensables tanto para el contrato de crédito público interno como también para el de redescuento con FINDETER.

Aclaró que, si bien es cierto, por razón del crédito original los Bancos deben recibir un rendimiento, también lo es que en la otra operación, la de redescuento, los Bancos le pagan y reconocen a quien redescuenta, en este caso a FINDETER, un interés o comisión porque para una y otra entidad este tipo de operaciones son por naturaleza remuneradas.

Ausencia de daño: Alegó que, si se tiene en cuenta que los Bancos cumplieron todos los requisitos establecidos en las leyes para este tipo de operaciones de crédito público, y las mismas se ajustaron al desarrollo de su objetivo social, el cobro de la comisión de ninguna manera puede considerarse como un daño sino más bien el costo de un servicio en beneficio del Estado, máxime cuando el margen de la misma es evidentemente muy reducido frente a las tarifas corrientes dentro del mercado para esta clase de créditos.

Falta de legitimación por pasiva: Aseguró que, la acción popular no es la procedente para la discusión de contratos.

Expresó que, de acuerdo a los hechos de la demanda, sí se prestó el servicio por parte de los bancos privados, como quiera que el Banco de Bogotá, en su condición de líder de las demás entidades financieras hizo el giro al gobierno norteamericano, lo cual demuestra que el servicio bancario sí se prestó, y al haberse prestado, necesariamente se causó un costo de intermediación financiera, por lo que existe falta de legitimación en la causa por pasiva para ser citado en el proceso (fls. 186-190, C.4)

Banco de Occidente

Se opuso a las pretensiones y hechos de la demanda y en su defensa propuso las siguientes excepciones:

Improcedencia de la acción: En consideración, a que para obtener la declaratoria de la nulidad del empréstito y de la simulación del mismo, existe un trámite procesal diferente a la acción popular.

Inexistencia de violación de la moral administrativa: Porque la operación garantizó el cumplimiento de los principios de legalidad, economía, transparencia y la selección de los intermediarios financieros que por su solidez, trayectoria y organización garantizaron la excelencia en la administración del crédito.

Legalidad de la negociación: Porque ésta se realizó con estricta sujeción al ordenamiento jurídico y resultó útil en la medida en que satisfizo una necesidad prioritaria de la Nación.

Falta de legitimación en la causa por pasiva: por su calidad de entidad financiera privada, y la ausencia de ejercicio de función administrativa. (fls.392-412,C.4)

Corporación Financiera Colombiana

Formuló dos excepciones:

Improcedencia de las pretensiones

Señaló que la acción popular no es procedente para la discusión de la legalidad de los actos administrativos ni de los contratos estatales.

Legalidad de las operaciones realizadas

Afirmó que, contrario a lo expresado por el actor, no existe simulación del contrato, pues realmente existió un contrato de empréstito entre SATENA y los bancos demandados que se ajustó a los requisitos previstos en la Ley 80 de 1993 y Decreto 2681 de 1993.

Precisó que, las operaciones de redescuento constituyen relaciones jurídicas diferentes a las existentes entre el banco y el deudor, entre el banco y el garante y entre el garante y el deudor, que es lo que ocurre en el caso analizado, pues deben distinguirse las siguientes relaciones jurídicas: la primera, la relación que existe entre los bancos y SATENA con ocasión del contrato de empréstito; la segunda, la surgida entre los establecimientos de crédito y FINDETER en virtud de la operación de redescuento del contrato de empréstito; la tercera, la que se presenta entre los establecimientos de crédito y la Nación como garante de la

operación de crédito público; y la cuarta, que se origina entre la Nación como garante y SATENA como entidad estatal garantizada, de lo cual infiere el excepcionante, que de cada una de estas relaciones surgen obligaciones y derechos distintos para las partes.

Por tal razón precisó, que no es acertado afirmar que “el verdadero contrato de empréstito para la compra del avión es uno celebrado sin solemnidad alguna entre FINDETER como parte que entrega el dinero prestado y SATENA”, ya que jurídicamente ésta operación no está permitida por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero Colombiano.

Aclaró que no puede hablarse de nulidad del contrato de redescuento, puesto que lo que regula la ley es la operación activa del descuento más conocida como redescuento.

Aseguró que la operación de redescuento sí existió, y la misma está amparada por disposiciones de carácter legal, que de un lado le permiten a los establecimientos de crédito realizar este tipo de operaciones y de otra le imponen a FINDETER efectuar todas sus operaciones de financiación a través del redescuento por intermedio de establecimientos de crédito.

Afirmó que el cobro del margen de intermediación por parte de los establecimientos de crédito es legítimo, que se traduce en el riesgo que asume el intermediario, el costo de operación y la utilidad que la actividad debe generar para los accionistas del establecimiento de crédito, utilidad que es lícita ya que se trata de una actividad permitida y regulada por la ley.

Inexistencia de violación de los derechos colectivos invocados en la demanda

Señaló que no existió vulneración de los derechos invocados por el accionante, ya que la moralidad administrativa está atada a la legalidad en el manejo del patrimonio público y se vulnera en la medida en que el funcionario no sea cuidadoso y diligente en su guarda o actúe más allá de lo que está legalmente permitido, condiciones que no están dadas en el caso en estudio, toda vez que la legalidad de la operación está demostrada, los funcionarios actuaron en forma diligente bajo autorizaciones emitidas por sus juntas directivas y los órganos competentes.(fls. 508 a 527, C.6)

2.3. Audiencia de pacto de cumplimiento.-

Conforme con lo ordenado por el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, se citó a audiencia de pacto de cumplimiento, la cual se realizó el 8 de marzo de 2005, con la participación de los apoderados judiciales de las partes, tanto demandantes como demandadas y el agente del Ministerio Público. Las partes no llegaron a ninguna fórmula de acuerdo, razón por la cual, no hubo pacto. (FI 738 a 743, cuaderno principal No.2).

2.4. Alegatos de conclusión.-

Practicadas las pruebas decretadas mediante los autos de 1 y 15 de abril de 2005, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (fls. 768 a 771, 777 a 780 y 940, cuaderno principal No. 2). La Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio Público guardaron silencio. Tanto demandantes como demandados reiteraron los argumentos expuestos en sus escritos de demanda y contestación de la demanda, respectivamente.

Los demandantes reiteraron la ilegalidad y nulidad de la operación de redescuento por falta de capacidad jurídica de FINDETER (fls. 1003-1040, cuaderno principal No. 2). Los demandados insistieron en la total orfandad del material probatorio dentro del expediente, de manera que no se demostró el “hecho dañoso” por el cual se alteran o vulneran los derechos colectivos que se pretenden proteger, teniendo en cuenta que la Ley 472 de 1998, al referirse a la carga de la prueba, la radica en cabeza del actor popular, obligación que no se cumplió en este caso. (Folios 947 a 949, 966 a 972, 973 a 989, 990 a 1002, 1041 a 1056, s 1058 a 1062 cuaderno principal No. 2).

3. Sentencia de Primera Instancia.-

En sentencia de 8 de noviembre de 2005, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, negó las pretensiones de la demanda. Señaló que la acción popular puede perfectamente comportar pronunciamientos respecto de contratos, cuando se pruebe que la violación o amenaza al derecho o interés colectivo se produjo con ocasión de éstos.

En lo que respecta al fuero de atracción, indicó que en el evento en que los demandados fueran únicamente entidades privadas, esta Jurisdicción no sería competente para conocer de esas demandas, pero como en el proceso objeto de estudio la parte demandada está compuesta tanto por particulares como por personas de derecho público, se debía aplicar el fuero de atracción, según el cual, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente, en la medida en que no puede dividirse el proceso para resolver la litis, dependiendo de la naturaleza del demandado.

Adujo que la existencia de otros medios judiciales no es causal de improcedencia de la acción popular, porque su aplicación resulta obligatoria cuando quiera que se vulneren los derechos o intereses colectivos; lo cual no impide que de existir vulneración a éstos, se puedan iniciar las acciones pertinentes a fin de obtener el amparo de esos derechos.

Sobre el asunto materia de discusión, señaló que el artículo 270 del régimen financiero y cambiario, señala que toda operación de crédito se efectuará por medio de establecimientos de crédito a través del sistema de redescuento. En lo que refiere a la moralidad administrativa, manifestó que las razones expuestas por el actor para sustentar la violación a este derecho son aseveraciones de carácter subjetivo que no contrarían la regulación legal que sobre el particular se ha creado por el legislador.

Agregó que aunque parezca ilógico que para que el Estado obtenga un préstamo de una de las entidades que lo conforman, deban intervenir entidades particulares del sector financiero, no quiere decir que el procedimiento haya sido irregular y mucho menos que hubiere obedecido a un capricho porque, *contrario sensu*, lo que se hizo fue acatar las leyes, que sobre la materia existen.

Insistió en que el contrato de empréstito y la operación de redescuento frente a FINDETER, son operaciones que de manera previa a su realización, fueron avaladas por el Gobierno Nacional y se desarrollaron en cumplimiento de las instrucciones impartidas por SATENA, previo análisis de las diferentes posibilidades que existían y la conveniencia del país; por lo tanto, es claro que FINDETER puede realizar operaciones de redescuento como la desarrollada con SATENA y como consecuencia, contrario a lo alegado por el actor, no existió violación a la moralidad administrativa.

Indicó que la actuación cuestionada por el actor en relación con la expedición de la resolución 1033 de 2004 por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, está dirigida a cuestionar la legalidad o no de un acto administrativo, más que a determinar la violación o no a los derechos colectivos.

Concluyó que las operaciones adelantadas por los demandados no vulneraron los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la salubridad pública ni la defensa del patrimonio público, como quiera que se acreditó en el proceso que tales operaciones se requerían para la adquisición del avión presidencial(flgs 1072-1108, cuaderno principal).

4. Recurso de apelación

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, el cual fue concedido el 16 de enero de 2006 y admitido el 26 de mayo siguiente. (fls 1123,1133,1135,1140,1147 y 1148, cuaderno principal)

En la sustentación del recurso, los actores manifestaron su inconformidad con la decisión del *a quo*, habida cuenta que éste omitió realizar un análisis respecto de los ciertos y diferentes cargos de las demandas, que en general hacen referencia a la violación a los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público y la salubridad pública.

Aseveraron que “brilla por su ausencia un pronunciamiento del *A quo* respecto de los argumentos jurídicos, errados o no, que en nuestros alegatos de primera instancia consideramos suficientes para demostrar que el objeto social de FINDETER no permite destinar sus recursos para la compra de aeronaves, actividad o negociación que al ser precisamente la ocurrida, ocasionó que todos los actos unilaterales y bilaterales surgidos por causa y con ocasión de la operación de redescuento, se encuentren viciados de nulidad absoluta y, por ello, concomitantemente, se hayan vulnerado los derechos colectivos relacionados con la moralidad administrativa, el patrimonio y la salubridad pública”.(fls. 1141 a 1143 del cuaderno principal)

Señalaron que la necesidad de un avión presidencial no daba lugar a que FINDETER girara en contravía de su objeto social una suma considerable de

dinero, cuyo fin natural era la satisfacción de intereses públicos con alto impacto social; en consecuencia, la operación de redescuento y sus derivadas, no solo se realizaron para la adquisición de una aeronave que no corresponde al interés general de la comunidad, sino que sirvieron para que unas entidades financieras particulares, que no pusieron en riesgo su patrimonio por virtud de la garantía del 100% de la Nación, se beneficiaran con una suma cercana a \$ 7.500'000.000(fl.s.1235 a 1238 del cuaderno principal).

Mediante auto de 26 de mayo de 2006, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y emitir concepto, respectivamente (fls. 1147 y 1148 del cuaderno principal)

Los demandados insistieron en los argumentos planteados en instancias anteriores, principalmente, en que FINDETER podía validamente adelantar operaciones de crédito redescontables; por lo tanto, sostuvieron que ninguna de las entidades demandadas incurrió en conductas activas u omisivas de las cuales se pueda endilgar violación a los derechos o intereses colectivos, en especial a los de moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público.(fls. 1150 a 1169, 1172-1173,1175-1180,1182-1185,1186-1196,1197-1204,1205-1219,1220-1232 del cuaderno principal)

El Ministerio Público, luego de analizar la normatividad que regula a FINDETER y a SATENA y después de revisar las pruebas obrantes en el expediente, concluyó que SATENA tiene por objeto el transporte aéreo en beneficio de las regiones del país y, en razón a su objeto, recibió los recursos de crédito para la adquisición de un avión de pasajeros, aspecto que se contempla en el objeto social de FINDETER, independiente de la destinación que se de a la aeronave. En consecuencia, SATENA como Empresa Industrial y Comercial del Estado reunía los requisitos para ser beneficiaria de las líneas de redescuento de FINDETER.

Consideró que en el caso en estudio existe un problema de interés general, cual es la seguridad del Jefe de Estado, como Jefe de Gobierno, máxima autoridad administrativa y Comandante en Jefe de las fuerzas militares. Así, de acuerdo con las pruebas allegadas al proceso no se acredita la afectación a la moralidad administrativa, ni al patrimonio público, razón por la cual las pretensiones de los apelantes no están llamadas a prosperar.(fls 1283-1293,cuaderno principal)

II.- CONSIDERACIONES.-

Para efectos, de una mayor comprensión de lo que se expondrá en esta providencia, debe indicarse el orden en que se analizarán los distintos planteamientos sometidos a su consideración, así y antes de avocar el fondo del litigio, la Sala se pronunciará sobre los medios exceptivos formulados por la parte demandada, dentro de los que se incluyen fundamentalmente dos temas: el primero el relativo a la competencia de esta jurisdicción para conocer de las acciones populares, y el segundo sobre la procedencia de estas acciones para estudiar la legalidad de actos administrativos y contratos; verificado lo anterior, se formulará el correspondiente problema jurídico; luego de lo cual, se realizarán algunas precisiones conceptuales sobre los derechos de moralidad pública, defensa del patrimonio público y salubridad pública; para por último definir el caso concreto en cuestión, esto es, establecer, si como lo afirman los accionantes, dentro de los negocios jurídicos que tuvieron por objeto la financiación de la compra de un avión presidencial, se vulneraron los aludidos derechos colectivos.

1. Cuestiones previas

De manera previa a resolver el asunto de fondo, es necesario que la Sala se pronuncie sobre las excepciones propuestas por la parte demandada, las cuales por ser coincidentes tanto en su denominación como en los argumentos que las sustentan deben agruparse para una adecuada comprensión y resolución de las mismas. Así las cosas, se encuentra que en las contestaciones de las demandas se discuten como puntos comunes:

El primero, referido a la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de acciones populares contra entidades bancarias privadas que en opinión de las entidades demandadas no cumplen funciones administrativas, razón por la cual los excepcionantes han afirmado que se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva; el segundo, la improcedencia de la acción popular, para discutir la legalidad de actos administrativos y contratos; y tercero, la inexistencia de la vulneración de los derechos colectivos, la legalidad de las operaciones bancarias, inexistencia de simulación, confusión, y buena fe. A estas últimas, la Sala se referirá más adelante, toda vez que están relacionadas con el fondo del litigio.

1.1. Competencia para conocer de acciones populares:

De conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 472 de 1998, corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer de las acciones populares originadas en “actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas”. En este sentido, basta verificar la connotación de “entidad pública” que detentan algunos de los sujetos procesales presentes en la acción, para concluir que el conocimiento de ésta le corresponde a esta Jurisdicción especializada, en consideración al denominado “fuero de atracción”.

Así mismo, vale la pena subrayar que por disposición del artículo 1º del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003 de esta Corporación, corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado conocer, por reparto, de *“Las acciones populares que versen sobre asuntos contractuales y aquellas relacionadas con el derecho a la moralidad administrativa.”*

Como en el caso analizado, se encuentran dentro de las demandadas entidades de derecho público, como el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Financiera de Desarrollo Territorial S.A. FINDETERO⁶ y Servicio Aéreo a Territorios Nacionales SATENA⁷, el conocimiento de las acciones populares que contra éstas se instauren corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa en aplicación del fuero de atracción. Por tanto, en este aspecto, no son de recibo los argumentos del Banco de Bogotá, Banco AV VILLAS, Banco popular y Banco de Occidente.

1.2. Procedencia de la acción popular frente a actos administrativos y contratos.

Según el artículo 15 de la ley 472 de 1998, a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo corresponde conocer de los procesos que se originen con ocasión del ejercicio de las acciones populares derivadas de actos, acciones u omisiones

⁶ Sociedad anónima del orden nacional, sometida al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

⁷ Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Defensa, creada por el Decreto 940 de 1962, reglamentada por la Ley 80 de 1968 y por los Decretos 1050 y 3130 de 1968, 2344 de 1971 y 3684 de 1985, entre otros y cuyos estatutos fueron adoptados mediante acuerdo No. 002 de 2001, cuyo objeto fundamental es desarrollar la política y los planes generales que, en materia de transporte aéreo para las regiones menos desarrolladas del país, adopte el Gobierno Nacional

de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, significa lo anterior que la competencia de esta Jurisdicción comprende todas las actuaciones administrativas, esto es, abarca toda la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, ello como garantía eficaz de la protección constitucional de los derechos colectivos.

Con relación a los contratos estatales, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la acción popular procede para impugnar dichos negocios jurídicos, siempre que se alegue la lesión de derechos colectivos.

A pesar de que el tema, procedencia de la acción popular contra contratos estatales no fue pacífico en sus inicios, dada la existencia de tesis encontradas en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la primera que sostenía su improcedencia por existir la acción contractual, y la segunda que aceptaba su procedencia para determinar la vulneración de un derecho colectivo, dado el carácter principal de la acción popular, a partir del momento, en que la Sección Tercera del Consejo de Estado asumió en forma exclusiva el conocimiento de las acciones populares originadas en contratos estatales, se ha superado este problema jurídico acogiendo la segunda tesis, es decir, se ha aceptado que por vía de acción popular se puede discutir la legalidad de los contratos estatales.⁸

2. Problema jurídico

Una vez la Sala se ha pronunciado sobre las cuestiones previas formuladas por la parte demandada, procede ahondar en el fondo del asunto, esto es, estableciendo, si como lo afirman los actores, las accionadas han desconocido los derechos a la moralidad pública, patrimonio público y salubridad pública.

Así las cosas, los actores señalan que se han vulnerado los derechos colectivos de moralidad pública y patrimonio público basados en los siguientes argumentos:

⁸ Sobre el tema pueden consultarse las siguientes providencias:

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, consejero ponente : Camilo Arciniegas Andrade, 9 de diciembre de 2004, proceso No. 2002-1204, actor Javier Armando Rincón y otro, demandado ECOPETROL y Fernando Londoño Hoyos.

Sección Tercera, consejero ponente Ramiro Saaveda Becerra, 5 de octubre de 2005, proceso 2001-01588 actor Procuraduría General de la Nación, demandado Amadeo Tamayo Moron.

Primero, porque para la compra del avión presidencial, las entidades financieras demandadas simularon un crédito a favor de SATENA, que les permitió apoderarse de una “comisión anual” de 1.5% sobre el valor de la deuda durante un período de 10 años.

Segundo, porque la compra del avión se efectuó finalmente con recursos prestados por FINDETER a SATENA.

Tercero, SATENA al realizar los trámites para la adquisición del avión presidencial incumplió con su objeto legal.

Cuarto, porque la compra de un avión para el transporte del señor Presidente de la República, no se encuentra contemplada dentro de las actividades que debe financiar FINDETER.

Los accionantes también alegan que se ha vulnerado el derecho a la salubridad pública, porque al destinar FINDETER unos dineros a un objeto distinto al concebido por la ley para el ejercicio de sus actividades, descuidó su verdadero objeto en materia sanitaria y de manera particular el relativo a infraestructura de acueducto y saneamiento básico, puestos de salud, ancianatos, plazas, centros de acopio y mataderos.

De lo anterior se infiere, que deben resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Desconocieron las demandadas los derechos colectivos a la moralidad pública, patrimonio público y salubridad pública al realizar la operación de redescuento con el propósito de financiar la adquisición de un avión presidencial?

¿Desconocieron las demandadas los derechos colectivos a la moralidad pública, patrimonio público y salubridad pública al celebrar empréstito destinado a financiar la compra de un avión presidencial?

¿Se encontraba FINDETER facultado por la Ley para financiar un crédito destinado a la adquisición de un avión presidencial?

En caso de que la respuesta al anterior interrogante, establezca que FINDETER era incompetente para realizar dicha operación, debe indagarse si ¿La incompetencia de FINDETER para financiar la adquisición de un avión

presidencial constituye por sí misma, la razón determinante para concluir que se han vulnerado los derechos colectivos de moralidad pública, patrimonio público y salubridad pública?

¿SATENA se encontraba facultada para realizar los trámites necesarios para la compra de tal avión?

3. Precisiones conceptuales sobre los derechos colectivos que se estiman vulnerados

Para efectos de resolver los anteriores problemas jurídicos resulta imperioso precisar con toda claridad lo que debe entenderse por moralidad administrativa, patrimonio público y salubridad pública.

3.1. Moralidad administrativa

La moralidad administrativa está contenida en el enunciado de derechos e intereses colectivos susceptibles de ser protegidos a través de la acción popular, al tenor de lo establecido en el artículo 88 de la Constitución Política; así mismo, la Ley 472 de 1998 (letra b, artículo 4) la retoma en idéntico sentido.

Si bien es cierto, dicho principio-derecho se encuentra consagrado en las anteriores normas supralegales y legales, no lo es menos, que no se halla definido de manera expresa por dichas disposiciones, razón por la cual, y al encontrarnos frente a un concepto jurídico indeterminado, esta Corporación a través de su jurisprudencia se ha visto en la necesidad de delimitar su concepto, a través de definiciones que cada vez se han venido precisando de manera más específica, muestra de ello es lo expuesto en la más reciente sentencia que sobre el tema esta Sección ha proferido⁹:

Este fallo decanta el concepto de moralidad, acogiendo el criterio extenso de moral pública bajo argumentos contundentes que conllevaron a concluir que es equivocado asociar de manera inescindible los conceptos de legalidad y moralidad. Las razones para llegar a tal afirmación se resumen así:

⁹ Sentencia proferida el 30 de agosto de 2007 por la Sección Tercera del Consejo de Estado, cuyo magistrado Ponente fue el Dr. Enrique Gil Botero dentro de la acción popular instaurada por Jaime Vidal Torres Padilla contra el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina dentro del proceso 2004-00009.

Los conceptos de legalidad y moralidad no son iguales. De confundirse la legalidad con la moralidad, la ética quedaría reducida a la ley, pues no toda moral está contenida en la norma, del mismo modo, que tampoco toda ley contiene un concepto moral. Por otra parte, si la Ley se identificase con moral administrativa, el derecho colectivo no sería el de la “moralidad administrativa” sino el de la “legalidad administrativa”. También, de confundirse la legalidad con la moralidad, la protección de esta última se lograría a través de un simple juicio de legalidad, por lo que el Constituyente no hubiera creado dicho derecho colectivo.

En dicha sentencia se expresó:

“En síntesis, hoy en día es posible desentrañar la moral administrativa en varios lugares, unos más comunes que otros, unos más complejos que otros, unos más grandes que otros: i) al interior de la norma positiva-la Constitución, la ley, los reglamentos y en general cualquier norma del ordenamiento jurídico que desarrolle un precepto moral-: lugar en el cual, comúnmente, buscan los abogados la moralidad pública; ii) en los principios generales del derecho y en los concretos de una materia, los cuales mandan, desde una norma, actuar de un modo determinado, aunque menos concreto que el común de las normas positivas. Esta fuente de la moralidad administrativa es menos precisa, pero no por ello menos concreta en sus mandatos. Admite, por esta misma circunstancia, un alto nivel de valoración, pero sin tolerar el capricho. Finalmente, iii) la moral administrativa también se halla por fuera de las normas, pero dentro del comportamiento que la sociedad califica como correcto y bueno para las instituciones públicas y sus funcionarios, en relación con la administración del Estado. Esta fuente de la moral administrativa exige del juez mayor actividad judicial, pero con ayuda de la razón y del sentido común ético puede calificar los distintos comportamientos administrativos a la luz de la moral exigible de quien administra la cosa pública. Este lugar, más abstracto aún que el anterior, exige una ponderación superior, en manos del juez, de la conducta administrativa, a la luz de la ética pública.”¹⁰

Al referirse al caso concreto que se debatía en esa oportunidad, esto es, si afectaba la moralidad administrativa, la demora en que habían incurrido algunas autoridades públicas en la legalización de tornaguías¹¹, esta Sala estimó que no había vulneración de tal derecho, en los siguientes términos:

¹⁰ Ver folios 64 y 65 de dicha sentencia.

¹¹ Se entiende por tornaguía el certificado único nacional expedido por las autoridades departamentales y del Distrito Capital, mediante el cual del cual se autoriza y controla la entrada, salida y movilización de productos gravados con impuestos al consumo, como por ejemplo los licores.

“Como se observa, los funcionarios competentes de la entidad territorial cuentan con un término de 15 días para legalizar las tornaguías y dar fe que las mercancías han llegado a la entidad territorial.

No obstante, considera la Sala, tal como lo ha manifestado en otras ocasiones, que no todo desconocimiento a la ley vulnera la moralidad administrativa, situación que acontece en este caso, en el cual, si bien es cierto la norma aplicable establece un término en el cual la administración debe actuar -y de hecho así debe hacerlo-, esta violación no entraña la afectación a la moralidad, como derecho colectivo.

En este tipo de eventos se debe distinguir entre la pura y simple violación de la ley, de la afectación material a la moralidad pública. En el primer caso, la trasgresión encarna la necesidad de corregirla, por los causes que el ordenamiento jurídico tenga dispuesto para el efecto, en el segundo además de la trasgresión se presentan una afectación a la moral pública.

En este orden de ideas, y en el caso concreto, **la inobservancia del término que tiene la administración para actuar no implica, per se, la violación al derecho colectivo, sino una trasgresión que no pone en riesgo a la moral, aunque sí la responsabilidad personal de los funcionarios. No obstante, no se puede colectivizar toda trasgresión a la ley, porque absorbería este derecho a los demás incluidos sus correspondientes mecanismo de acción.**¹² (Destaca la Sala)

De lo anterior se colige, que no siempre que se configura la ilegalidad de una actuación se da la vulneración automática de la moralidad administrativa, pues, la moralidad administrativa y la ilegalidad son conceptos totalmente distintos con naturaleza y alcance diferentes, por lo que será el juez quien en cada caso, determinará si la conducta analizada se adecua a la moral que se exige para quien administra la cosa pública, para cuyo propósito, puede acudir al contenido de las normas positivas, a los principios generales del derecho, así, como a la razón y el sentido común ético.

3.2 Defensa del patrimonio público

Este derecho o interés colectivo se encuentra también contemplado en el artículo 88 de la Constitución Política. Del mismo modo, la Ley 472 de 1998, en la letra e) del artículo 4º, incluye la “defensa del patrimonio público” como derecho o interés colectivo protegido con la acción popular.

En lo que respecta a su contenido material, esta Sala ha advertido¹³:

¹² Ver folio 75 y 76 de la aludida sentencia.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia AP-20040992 de 16 de agosto de 2007. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

“(…)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.”

Adicionalmente, en fallo de esta Sección se estableció¹⁴:

“Cuando la Constitución Política concibió al patrimonio público como derecho o interés colectivo, fue mas allá de la pretensión de desarrollos normativos como los apenas aludidos, pues atribuyó valor subjetivo (protegido constitucionalmente con la acción popular) a la expectativa ciudadana de un correcto y ajustado manejo de los bienes, derechos y obligaciones “de los que el Estado es propietario”. Esta dimensión subjetiva que alcanza el patrimonio público con el artículo 88 constitucional, se subraya, no es individual sino colectiva y por tanto cualquier miembro de la comunidad está legitimado para pedir a la jurisdicción contencioso administrativa su protección. Sobre los alcances de la subjetividad de los derechos colectivos, pueden extenderse muchas de las consideraciones expuestas a propósito de la moralidad administrativa, que no se presentan aquí para evitar ser repetitivos y fortalecer los contenidos de este fallo que constituyen su *ratio decidendi* tal y como se evidenciará más adelante. (...)’

‘(...) Con estos alcances, se destaca una aproximación indiscutible entre los derechos o intereses colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa. Esta cercanía sin embargo se evidencia más de éste a aquélla que a la inversa, toda vez que el menoscabo o amenaza al derecho colectivo del patrimonio público se logra en las más de las veces

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia AP-549 de 21 de febrero de 2007. C. P. Dr. Alier Hernández Enríquez.

a través de medios contrarios a la moralidad administrativa, mientras que pueden evidenciarse múltiples hipótesis de violación o puesta en riesgo de ésta sin que esto implique un detrimento o un riesgo al patrimonio público (...)'.

'(...) Finalmente, vale la pena señalar que dada la especificidad de la dimensión subjetiva que alcanza el patrimonio público con ocasión de su consideración como derecho o interés colectivo, su estudio demanda un riguroso análisis probatorio en cada caso, del que se infiera un efectivo detrimento al patrimonio público con ocasión de una "acción u omisión" de una entidad pública o cuando menos una seria y razonable amenaza del mismo. Esto implica un deber de diligencia inmenso del actor popular, toda vez que él soporta la carga de la prueba¹⁵(...)"

3.2 La salubridad pública.-

La Salubridad Pública, se encuentra consagrada en el artículo 88 de la Constitución como un derecho e interés colectivo susceptible de protección a través de la acción popular. Así mismo, hace parte de la lista enunciativa de derechos e intereses de este tipo (letra g) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998.

Sobre su contenido material, esta Sección ha sostenido:

"En diferentes ocasiones la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre los conceptos de seguridad y salubridad públicas; los mismos han sido tratados como parte del concepto de orden público y se han concretado en las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad. De esta manera, se puede concluir que la salubridad y seguridad públicas son derechos colectivos y, por tanto, se deben proteger a través de las acciones populares. Su contenido general, implica, de acuerdo con la jurisprudencia citada, en el caso de la seguridad, la prevención de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas y, en el caso de la salubridad, la garantía de la salud de los ciudadanos. Estos derechos colectivos están ligados al control y manejo de las situaciones de índole sanitaria, para evitar que tanto en el interior como en

¹⁵ Literal e) del artículo 18 y artículo 8 de la Ley 472 de 1998.

el exterior de un establecimiento o de determinado lugar se generen focos de contaminación, epidemias u otras circunstancias que puedan afectar la salud y la tranquilidad de la comunidad y en general que afecten o amenacen el estado de sanidad comunitaria. Es decir, que al momento de ponerse en funcionamiento determinados proyectos de los cuales se pueda derivar algún perjuicio para los ciudadanos, se deben realizar los estudios previos y tomar las medidas conducentes para evitar que se produzca un impacto negativo en las condiciones de salud y seguridad de los asociados”¹⁶.

4. El caso concreto

Los actores han instaurado acción popular con el fin de que se protejan los derechos colectivos a la moralidad administrativa, el patrimonio público y salubridad pública, que estiman vulnerados por la celebración de un contrato de empréstito y la operación de redescuento para la adquisición de un avión presidencial.

Para efectos de establecer si se han vulnerado tales derechos, es menester hacer referencia a los hechos probados, con la siguiente aclaración:

De acuerdo con los autos de 1º (fls. 768-771 cuaderno principal No. 2) y 15 de abril de 2005 (fls. 777-780 cuaderno principal), proferidos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y de conformidad con lo previsto en los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil, se tendrán como pruebas los documentos aportados en copias simples por las entidades públicas, y que fueron allegados con los respectivos escritos de contestación de la demanda, en cuanto el allegamiento de los mismos en la forma antes indicada, de una parte, implica el reconocimiento por parte de quien la aporta de la correspondencia de dicha copia con el original del mismo y, de otra parte, que el documento expedido por funcionario público, en ejercicio de su cargo o con su intervención, se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez, salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 del C. de P.C.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera, Sentencia de 15 de julio de 2004. Ap 1834. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar.

En lo demás, la Sala se atenderá a las pruebas documentales que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, descartando las copias simples aportadas por particulares.

4.1. Hechos probados

La Sala encuentra acreditado que la adquisición de recursos para la adquisición de un avión presidencial, comportó dos negocios jurídicos: un **empréstito interno**, de un lado, celebrado entre las entidades financieras privadas tantas veces mencionadas (Banco de Bogotá, de Occidente, Popular, AV Villas y la Corporación Financiera Colombiana) y SATENA¹⁷, y, **una operación de redescuento**, del otro, entre aquéllas y FINDETER¹⁸, así las cosas:

1. El 27 de abril de 2004 se celebró contrato de **empréstito interno** para la adquisición de un avión presidencial entre: SATENA como prestatario por una parte, y por la otra en su calidad de prestamistas el Banco de Bogotá, Banco de Occidente, Banco Popular, Banco Comercial AV VILLAS y la Corporación Financiera.

El objeto de dicho contrato fue el préstamo hasta por la suma equivalente a pesos colombianos de US \$40.000.000 convertidos a moneda legal colombiana a la tasa de cambio de la fecha de cada uno de los desembolsos, sin exceder la suma de \$116.000.000.000.00 moneda legal colombiana, obligándose SATENA a destinar dichos recursos a la adquisición y adecuación de un avión de transporte para el servicio de la Presidencia de la República. (fls. 101-112, C.10).

Dicho contrato cumplió con el lleno de los requisitos exigidos por la ley para su realización, como se detalla a continuación, aspecto que anticipa la inexistencia de cualquiera de las simulaciones alegadas por la parte actora: (Fl 253 a 264 del C3 de pruebas)

¹⁷ "Contrato de empréstito interno para avión presidencial" Folios 669 a 680 del cuaderno 6.

¹⁸ Según consta en el Acta 104 de 23 de abril de 2004 de FINDETER y que obra en copia auténtica dentro del expediente. Folios 801 a 804 del cuaderno principal. Existe también reconocimiento de esta por parte de las entidades financieras privadas (Corporación financiera colombiana) Folio 791 del Cuaderno 6, así como en certificados de "Transferencias aprobadas en CUD" del Banco de la república, Folios 805 a 815 y 829 y siguientes.

- Documento CONPES 3263 del 19 de enero de 2004, por el cual se establece la necesidad de la adquisición de la aeronave y se autoriza la Garantía de la Nación a SATENA hasta por la suma de US \$ 40 millones o su equivalente en moneda legal. (FI 894 a 905 del C2)
- Acta No. 151 de 17 de febrero de 2004, mediante la cual la Comisión Interparlamentaria de Crédito Público aprobó el otorgamiento de la garantía de la Nación a SATENA, por valor de US \$ 40 millones, con el fin de obtener la tasa de interés preferencial que para estas operaciones se ofrece a la Nación. (FI 52 a 65 del Anexo No.1)
- Resolución 500 del 23 de febrero de 2004, mediante la cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público autorizó gestionar la contratación del empréstito.
- Cotizaciones presentadas por intermediarios financieros nacionales y extranjeros, mediante las cuales se evidencia que el grupo AVAL, haciendo uso de la línea de redescuento de FINDETER, ofrecía una tasa de interés de DTF + 3.90% T.A., mientras que los demás bancos cotizaban a tasas superiores al DTF + 4,40 TA, lo que hubiese significado un margen más alto en la tasa de interés que sería cobrada a SATENA por los intermediarios financieros. (FIs 107 a 245 del C2 de pruebas y 281 del C3 de pruebas)
- Aprobación de la Junta Directiva de SATENA para la concreción de la operación de crédito y suscripción de pagarés (FI 908 a 924 del C2). En tales actas consta que las ofertas que comportaban mayor beneficio para la entidad eran:

Descripción	Entidades AVAL	ABN AMBRO BANK
Monto Total	US \$40 MILLONES	US \$40 MILLONES
Fuente de recursos	FINDETER 100%	EXIMBANK 85% + FINDETER 15%
Plazo Total	10 años	10 años
Período de Gracia a	1.5 años	0 años/ 2años

Capital.		
Tasa de Interés	DTF +3.90% anual	Libor+0.05% DTF+4,40% anual
TIR (convertido a COL \$)	12.35% anual	ef. 14.57% ef. Anual

- Resolución 1033 de abril de 2004, por la cual el Ministerio de Hacienda autorizó la celebración del empréstito interno con entidades financieras del grupo AVAL, redescuento ante FINDETER S.A. (FI 124 a 126 del Anexo No.1)
- Pagarés suscritos por SATENA a favor de las entidades acreedoras. (fls 2 a 12 de C 3 de pruebas aportadas por SATENA)
- Aval otorgado por la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público y contrato de contragarantía celebrado el 26 de abril de 2004 entre la Nación y SATENA. (Fls 318 a 332 del C de pruebas)

2.- El 23 de abril de 2004, el Comité Nacional de Crédito de la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. FINDETER aprobó el otorgamiento de redescuento por US \$ 40.000.000, para un valor del crédito de hasta \$116.000.000.000, con plazo de amortización de hasta quince (15) años y un período de gracia de tres (3) años. Se precisó que el margen de redescuento oscilaría entre el 50% y el 100% y la tasa de redescuento sería la vigente al momento de la aprobación del crédito, según el plazo convenido. Se especificó que el intermediario financiero de dicha operación sería el Grupo AVAL. (fls. 801-804, cuaderno principal No. 2)

4.2. Análisis de la Operación Financiera de Empréstito con Redescuento celebrada entre los demandados

En primera instancia se hace necesario revisar la operación de crédito entendida como una negociación compleja que comporta diferentes negocios jurídicos y su confrontación con la ley, toda vez que, en síntesis, sobre ésta se concentra la supuesta violación. Como consecuencia de ello, se verificará si dicha transacción

se ajustó a las normas que la rigen¹⁹, para con, fundamento en ello, efectuar una valoración sobre la eventual vulneración a los derechos colectivos aludidos.

4.2.1 Contrato de empréstito con redescuento

Como ya se anotó la operación de crédito público efectuada para la compra del avión presidencial, comportó dos negocios jurídicos: un **empréstito interno**, de un lado, celebrado entre las entidades financieras privadas tantas veces mencionadas (Banco de Bogotá, de Occidente, Popular, AV Villas y la Corporación Financiera Colombiana) y SATENA²⁰, y, **una operación de redescuento**, del otro, entre aquéllas y FINDETER²¹.

El **Empréstito Interno** corresponde, según lo prescrito por los artículos 3º y 7º del Decreto 2681 de 1993, a una operación de crédito público que se celebra entre residentes del territorio nacional y tiene por objeto proveer a la entidad estatal contratante de recursos en moneda nacional con plazo para su pago.

En general, la celebración de un contrato de empréstito interno requiere, en los términos del artículo 11 del decreto 2681 de 1993, de autorización impartida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante resolución que se profiere una vez se cuente con la minuta definitiva del contrato. Tal operación puede ser avalada por la Nación, previo concepto favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES y de la Comisión Interparlamentaria de Crédito Público, para cuyo efecto se requiere la constitución de una contragarantía en favor de la Nación.

En forma previa a la celebración de cualquier operación de crédito público, las entidades estatales deben evaluar los diferentes mecanismos de financiamiento y su conveniencia financiera y fiscal. Con este propósito, la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda, tiene facultades para asesorar a las entidades estatales respecto de la obtención de recursos de crédito en condiciones favorables, de acuerdo con el proyecto que será objeto de financiación. En todo caso, **las entidades estatales deben preferir el ofrecimiento más favorable**, considerando factores de escogencia tales como: la

¹⁹ Revisión ésta que servirá también para el análisis del otro derecho o interés colectivo que se analizará en este numeral de la sentencia.

²⁰ "Contrato de empréstito interno para avión presidencial" Folios 669 a 680 del cuaderno 6.

²¹ Según consta en el Acta 104 de 23 de abril de 2004 de Findeter y que obra en copia auténtica dentro del expediente. Folios 801 a 804 del cuaderno principal. Existe también reconocimiento de esta por parte de las entidades financieras privadas (Corporación financiera colombiana) Folio 791 del Cuaderno 6, así como en certificados de "Transferencias aprobadas en CUD" del Banco de la república, Folios 805 a 815 y 829 y siguientes.

clase de entidad financiera, oportunidad de los desembolsos, tipo de crédito, tasas de interés, plazos, comisiones y, en general, el costo efectivo del servicio de la deuda.²²

4.2.1.1. Competencia de SATENA para celebrar empréstito para compra de avión presidencial

En cuanto a la operación de empréstito que aquí se examina, encuentra la Sala que SATENA, Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Defensa Nacional, creada por el Decreto 940 de 1962 y reglamentada por la Ley 80 de 1968 y por los Decretos 1050 y 3130 de 1968, 2344 de 1971 y 3684 de 1985, entre otros, tiene por objeto el desarrollo de políticas y planes generales en materia de transporte aéreo para las regiones y, desde su origen, se le atribuyó la finalidad de “transportar funcionarios públicos”²³, así como la de colaborar con el Ministerio de Defensa Nacional en la ejecución de la política y planes generales en materia de acción cívico - militar (Ley 2180 de 1984).

De otra parte, la Ley 80 de 1968 otorgó a SATENA la equivalencia de Comando Aéreo y, a sus aeronaves, la calidad de aviones militares,²⁴ condición que le fue ratificada por el Consejo de Estado mediante sentencia ACU-198 de 19 de marzo de 1998, de manera que, habida cuenta que su flota aérea detenta status militar y, esta es, justamente, la característica del avión del primer mandatario²⁵, no encuentra la Sala falta de competencia, de capacidad o inhabilidad alguna que hubiere tornado en irregular, por ese solo hecho, la adquisición de la aeronave aludida por parte de esta empresa.

En consecuencia, SATENA se encontraba facultada para efectuar la compra de una aeronave mediante el mecanismo de empréstito interno, con el fin de destinarla al transporte del señor Presidente de la República en su calidad de Comandante en Jefe de las fuerzas militares.

Adicionalmente, la Sala advierte suficientemente acreditada la existencia de un contrato de empréstito, el cual, sin duda, cumplió con el lleno de los requisitos

²² Artículos 29 a 33 del Decreto 2681 de 1993.

²³ Literal d del artículo 2 de la Ley 80 de 1968.

²⁴ Sobre el tema ver sentencia C-992/06 de la Corte Constitucional.

²⁵ Esta característica particular de la flota de aviones de SATENA fue analizada por esta Corporación con ocasión de una acción de cumplimiento en la que se discutía la conducta de Aeronáutica Civil, con ocasión de la especialidad de la misma. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia de 19 de marzo de 1998. Expediente: ACU-198. Consejero Ponente: Mario Alario Méndez.

exigidos por la ley para su realización, como se detalló en el acápite de hechos probados.

4.2.1.2. Incompetencia de FINDETER en la operación de redescuento destinada a la compra de avión presidencial

Ahora bien, en cuanto hace al problema jurídico que cuestiona la competencia de FINDETER para destinar recursos a través de la operación de redescuento aludida, la Sala estima que FINDETER carecía de competencia para realizar tal actuación, habida cuenta las siguientes consideraciones:

Como antes se anotó, se demostró la celebración de **un contrato u operación de redescuento suscrito entre las entidades financieras del grupo Aval y FINDETER**, esta última en su condición de “Banco de Segundo Piso” o de “Fomento”. Cabe señalar, que las operaciones de redescuento son mecanismos usados por el Estado para orientar el crédito a determinados sectores de la economía calificados como prioritarios, mediante el acceso a líneas de crédito subsidiadas a cero riesgo, en tanto éste se traslada directamente a los intermediarios financieros con los cuales, en últimas, traban su relación crediticia los sujetos de crédito.

Técnicamente las operaciones de redescuento son transacciones tendientes a movilizar recursos entre “intermediarios de redescuento”, esto es, entre entidades financieras y bancos de segundo piso, a cambio del endoso de los títulos valores recibidos como garantía o de la cesión de los contratos que respalden los créditos a descontar. El margen de redescuento, esto es, el porcentaje de recursos a desembolsar a través de tal operación, puede llegar a ser hasta del 100%, según la importancia estratégica que la actividad a financiar tenga para el Estado. De otra parte, el intermediario financiero, como es propio de cualquier actividad comercial, tiene derecho a percibir una remuneración por el servicio financiero prestado en tal transacción, que en el presente caso corresponde a la diferencia entre la tasa de interés que éste cobra al deudor del crédito y la tasa de interés que debe pagar a la entidad de redescuento, lo que se conoce como margen en la tasa de redescuento.

En este contexto, FINDETER desarrolló un conjunto de desembolsos a las entidades financieras prestamistas (de primer piso) que se iniciaron el 28 de abril

de 2004, un día después de la celebración del contrato entre SATENA y las entidades financieras, mediante la cesión *pro solvendo* de los créditos mismos²⁶.

Al respecto, conviene precisar que la Ley 57 de 1989 creó a FINDETER como una **sociedad por acciones** (de naturaleza pública), vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y sometida al control y vigilancia de la hoy Superintendencia Financiera. Según las disposiciones legales que informan su creación y funcionamiento²⁷, se trata de una **entidad financiera de descuento**, que tiene por objeto social exclusivo la promoción del “(...) desarrollo regional y urbano mediante la financiación y la asesoría en lo referente a diseño, ejecución y administración de proyectos o programas de inversión(...)”²⁸ (subrayado fuera de texto)

En ese contexto, resulta necesario revisar la capacidad jurídica de FINDETER para celebrar la operación de redescuento desde los puntos de vista tanto subjetivo como objetivo. Las condiciones subjetivas tienen que ver con la selección de SATENA como beneficiaria de una línea de redescuento de FINDETER, en tanto las condiciones objetivas buscan establecer si el negocio jurídico era consecuente con el objeto social de FINDETER.

Frente a las **condiciones subjetivas**, se tiene que el artículo 56 de la Ley 795 de 2003, establece expresamente que FINDETER tiene capacidad jurídica para redescantar créditos a través de intermediarios financieros en favor de **entidades públicas del orden nacional**, como es el caso de SATENA, aspecto que elimina cualquier duda respecto de la capacidad legal de esta empresa para ser beneficiaria de una operación de redescuento, siempre y cuando tal financiación se relacione con las actividades que constituyen el objeto social de FINDETER, es decir, que se cumpla con las condiciones objetivas.

En orden a definir si FINDETER contaba con capacidad jurídica para efectuar el redescuento dirigido a la compra de una aeronave destinada para el transporte del Presidente de la República, se debe tener claro que FINDETER es un **establecimiento de crédito**²⁹ experto y especializado en el otorgamiento de

²⁶ Pagos estos que se surtieron en su totalidad, según consta en la certificación expedida para tal efecto por FINDETER. Folio 800 del cuaderno 6.

²⁷ Ley 57 de 1989 en concordancia con los artículos 268 y 270 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero o Decreto 663 de 1993.

²⁸ Art. 268 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero o Decreto 663 de 1993.

créditos para financiar única y exclusivamente **el desarrollo regional y urbano**, valiéndose para ello de la celebración de **operaciones de redescuento**³⁰.

El artículo 268 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establece:

“1. Naturaleza jurídica. La Financiera de Desarrollo Territorial S.A., Findeter, creada por la Ley 57 de 1989, es una sociedad por acciones, con domicilio principal en la ciudad de Santafé de Bogotá, organizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto Extraordinario 130 de 1976 y vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público”

A su vez, el artículo 270 del mismo Estatuto señala:

“1. Operaciones autorizadas. La Financiera de Desarrollo Territorial S.A., Findeter, es una **entidad financiera de descuento**.”(negritas fuera de texto)

Si bien es cierto, que se trata de un establecimiento de crédito organizado como sociedad anónima de naturaleza comercial, en atención a la mercantilidad

²⁹ Los establecimientos de crédito son una categoría que se desprende del tronco común de las denominadas “INSTITUCIONES FINANCIERAS”, vale decir, aquellas que integran el sector financiador de la economía. Los “establecimientos de crédito” están, por mandato expreso de la Ley, llamados a ejercer la *intermediación financiera*, entendiéndose por tal la captación masiva de recursos del público a través de la celebración de las denominadas “operaciones pasivas” o de recepción de recursos, tales como, por ejemplo, el depósito en cuenta corriente, el depósito de ahorro y el depósito a término, para luego colocarlos, también en forma masiva, mediante la celebración de las denominadas “operaciones activas”, esto es, aquellas que implican el otorgamiento de crédito por parte de la entidad, tales como, por ejemplo, el mutuo o préstamo de dinero, la apertura de crédito, el descuento y el sobregiro, nutriendo así las necesidades monetarias y crediticias de la colectividad por medio de la transformación de tasas, plazos y riesgos del crédito en las citadas facetas pasiva y activa. En este sentido, el artículo 2º, numeral 1º inciso 2º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, establece: “Se consideran establecimientos de crédito las instituciones financieras cuya función principal consista en captar en moneda legal recursos del público en depósitos, a la vista o a término, para colocarlos nuevamente a través de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones activas de crédito”.

Ahora bien, cada uno de los tipos de establecimientos de crédito institucionales que reconoce nuestro ordenamiento positivo tiene, a su vez, un perfil propio asignado por normas legales de carácter especial e imperativo, de acuerdo con el espacio o sector económico específico donde deban llevar a cabo sus actividades. De esta manera se configura el principio de la “*especialización funcional*” en materia financiera, que constituye el principio rector del funcionamiento del sector financiero nacional y con base en el cual se distingue entre la banca comercial, la de fomento o inversión, la de ahorro y vivienda, la de consumo, etc., nomenclatura que encuentra sustento y justificación precisamente en los diversos sectores de la economía que las diversas entidades crediticias han de irrigar, en términos financieros. Sobre el particular, el artículo 2º, numeral 1º, inciso 1º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, señala: “Los establecimientos de crédito comprenden las siguientes clases de instituciones financieras: establecimientos bancarios, corporaciones financieras, compañías de financiamiento comercial y cooperativas financieras”.

³⁰ Conforme a lo dispuesto por el artículo 1407 del Código de Comercio, por virtud de una operación de descuento, el establecimiento de crédito, previa deducción de los intereses, le anticipa al cliente el importe de créditos no vencidos a cargo de terceros, mediante la cesión *pro solvendo* de los créditos mismos. Lo que significa que el establecimiento de crédito concede un crédito, cobrando anticipadamente los intereses y el deudor-descontado le transfiere un crédito a cargo de terceros que faculta a la entidad financiera para recuperar directamente de tales terceros la suma de dinero entregada, siempre bajo la garantía del deudor-descontado en el sentido de que restituirá la suma recibida si el deudor del crédito cedido no lo satisface oportunamente.

absoluta de las operaciones y negocios que lleva a cabo³¹, no es menos cierto que su régimen jurídico difiere sustancialmente del de las sociedades mercantiles ordinarias, habida consideración que se encuentra sometida a unos “estatutos especiales”, vale decir, a un conjunto de normas que, más que excepcionales, resultan ser especiales frente al régimen común societario consagrado en el Código de Comercio y sus disposiciones complementarias, en la medida en que ellas regulan las condiciones jurídicas dentro de las cuales se desenvuelve la actividad financiera e, inclusive, la misma estructura societaria que debe revestir un establecimiento de crédito.

Así las cosas, la especialidad que consagra el artículo 99 del Código de Comercio, según la cual la capacidad de la sociedad se circunscribe al desarrollo de la actividad prevista en su objeto social, resulta aplicable a las sociedades organizadas como establecimientos de crédito, en la medida en que no pugna en forma alguna con las disposiciones imperativas de carácter especial contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que rigen tales sociedades y, por el contrario, se acompasa armónicamente con las limitaciones previstas en estatutos especiales en la medida en que ambas figuras apuntan a la misma finalidad, cual es la de que las sociedades comerciales, ordinarias en el primer caso y, financieras en el segundo, hagan uso de su capacidad jurídica dentro de los precisos límites de su respectivo objeto social.

Vale aclarar que respecto de las entidades de crédito, el objeto social no resulta ser de libre estipulación por los asociados, como en efecto ocurre en el régimen común de las sociedad mercantiles, sino que se encuentra predeterminado por su régimen orgánico de estirpe legal, de lo cual se sigue que en materia de establecimientos de crédito, su función económica, plasmada de antemano por la Ley de manera taxativa en desarrollo del principio de especialización funcional, corresponde única y exclusivamente a aquellas operaciones y negocios financieros **expresamente autorizados**, es decir, que estando previstos en los respectivos estatutos, encuadren dentro de los límites señalados por el legislador³².

Se deduce de lo antes expuesto, que FINDETER - en su condición de establecimiento de crédito organizado como sociedad mercantil - debe dedicar su

³¹ Cfr. art. 20 num. 3, 6, 7 y 10 del Código de Comercio en concordancia con el art. 100 ibídem.

³² op. cit.; Superintendencia Bancaria, concepto DB-1346 de 1987 y resoluciones 3029 de 1993 y 3906 de 1993.

actividad al fin que le asignó la Ley 57 de 1989 y los numerales 1º y 2º del artículo 268 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y, por tanto, fuera de él carece de capacidad jurídica, pues precisamente el fin concreto señalado en el objeto social, que consiste en promover el **desarrollo regional y urbano**, reduce su esfera de acción para determinado género de negocios o actividades.

Lo hasta aquí visto resulta suficiente para afirmar, con base en el derecho positivo vigente, que FINDETER sólo puede celebrar operaciones de redescuento a través de establecimientos de crédito vigilados por la hoy Superintendencia Financiera, cuando quiera que tales operaciones guarden una relación directa de medio a fin con su objeto social exclusivo³³. Por el contrario, tal capacidad jurídica no existirá cuando las operaciones en cita no cumplan con dicha condición, habida cuenta que en la medida en que se desborde la relación instrumental, se desbordará también la capacidad jurídica del ente societario.

Con base en esta consideración, se debe pasar a advertir que el numeral 2º del artículo 268 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contempla, dentro del objeto social de FINDETER, las siguientes actividades:

*“(...) a. Construcción, ampliación y reposición de infraestructura correspondiente al sector de agua potable y saneamiento básico; //b. Construcción, pavimentación y remodelación de vías urbanas y rurales; //c. Construcción, pavimentación y conservación de carreteras departamentales, veredales, caminos vecinales, puentes y puertos fluviales; //d. Construcción, dotación y mantenimiento de la planta física de los planteles educativos oficiales de primaria y secundaria; //e. **Construcción y conservación de centrales de transporte;** //f. Construcción, remodelación y dotación de la planta física de puestos de salud y ancianatos; //g. Construcción, remodelación y dotación de centros de acopio, plazas de mercado y plazas de ferias; //h. Recolección, tratamiento y disposición final de basuras; //i. Construcción y remodelación de campos e instalaciones deportivas y parques; //j. Construcción, remodelación y dotación de mataderos; //k. Ampliación de redes de telefonía urbana y rural; //l. **Otros rubros que sean calificados por la junta directiva de la Financiera de Desarrollo Territorial S.A., Findeter, como parte o complemento de las***

³³ Numeral 2º del artículo 270 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

actividades señaladas en el presente numeral; //m. Asistencia técnica a las entidades beneficiarias de financiación, requerida para adelantar adecuadamente las actividades enumeradas; //n. Financiación de contrapartidas para programas y proyectos relativos a las actividades de que tratan las letras numerales precedentes que hayan sido financiados conjuntamente por otras entidades públicas o privadas, u //o. Adquisición de equipos y realización de operaciones de mantenimiento, relacionadas con las actividades enumeradas en este numeral. (...)³⁴
(resaltado fuera de texto)

De lo anterior se resalta que mediante la letra l) del numeral aludido, claramente se facultó a la Junta Directiva de FINDETER para calificar otros rubros como parte de las actividades financiables o complementar las señaladas en el citado artículo. Así, mediante el Acuerdo No. 008 de 23 de julio de 2003 (FI 115 a 166 del anexo 2) se identificaron otros sectores y subsectores que en concepto de la Junta Directiva debían considerarse parte o complemento de las actividades de FINDETER, entre los cuales se destacan los sectores de “Transporte, Maquinaria y Equipos”.

Adicionalmente, dentro de los subsectores elegibles de crédito del sector “Transporte”, se encuentran, de acuerdo con la misma Acta, los de “Medios de Transporte y Transporte Alternativo” que incluyen los sistemas multimodales de carga y pasajeros. A su vez, el subsector de “Maquinaria y Equipo” atiende el financiamiento de inversiones relacionadas con la adquisición de maquinaria y equipo para los diferentes sectores y subsectores en sus fases de ejecución, operación o mantenimiento.

Precisamente, es en relación con esta modificación realizada por la Junta Directiva de FINDETER, mediante la cual se habilitó a la entidad para financiar la adquisición de sistemas multimodales de carga y pasajeros, que la Sala debe efectuar un análisis de **carácter objetivo**, dirigido a confrontar el alcance material de estas modificaciones frente a la operación de redescuento autorizada a favor de SATENA.

Al respecto, sea lo primero reiterar que FINDETER en tanto entidad de crédito sólo puede desarrollar las actividades que por virtud de la Ley y los Estatutos se encuentren expresamente autorizadas, de manera que cualquier modificación que

³⁴ Art. 268 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero o Decreto 663 de 1993.

introduzca la Junta a partir de la facultad que le fue otorgada por la letra l), numeral 2º del artículo 268 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, no puede en ningún caso desbordar o desconocer el objeto social señalado por su Ley de creación, ni por sus estatutos, de forma que estas actividades deben desarrollarse partiendo de que las mismas mantienen un vínculo inescindible con la actividad prescrita en su objeto social, esto es, el “desarrollo regional y urbano”, de esta forma es fácil concluir que la financiación para la compra de cualquier sistema de transporte, requiere una cualificación especial, es decir, no puede ser objeto de crédito la compra de medios de transporte que no estén directamente circunscritos al desarrollo regional o urbano.

De lo anterior se infiere que, en efecto, la compra de un avión de pasajeros por parte de SATENA, corresponde a la adquisición de un equipo para la operación del sector transporte, pero en este especial caso no existe vínculo directo entre la compra del avión y el desarrollo regional, pues basta recordar que el avión tendría carácter “militar” como se advirtió en párrafos anteriores de esta providencia, además de que éste sería destinado al transporte del Presidente en su calidad de Comandante en Jefe de las Fuerzas Militares.

En consecuencia, la Sala advierte que la mencionada operación de descuento no guardó una relación de medio a fin con el objeto social exclusivo de FINDETER, en la medida en que si bien es cierto que el numeral 2º del artículo 270 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero autoriza la celebración de este género de operaciones activas de crédito, no es menos cierto que en el presente caso no se revela de manera evidente la promoción del desarrollo regional y urbano.

No se trata de subestimar la adquisición del denominado avión presidencial, ni de elaborar juicios relativos frente a su evidente utilidad. Pero es imperativo advertir la ausencia de relación material entre el objeto social de FINDETER y la adquisición de una aeronave para servicio del Presidente de la República, es decir, la presencia de la ilegalidad de la operación de crédito originada en la falta de capacidad jurídica.

Esta contravención a la ley, en últimas, se materializó con la inobservancia, por parte de FINDETER, de normas de imperativo cumplimiento atinentes a las actividades propias de su objeto y la confrontación de éstas con uno de los cargos expuestos por la parte demandante relativo a la falta de capacidad legal.

4.3. Falta de competencia de FINDETER en operación de redescuento para adquisición de avión presidencial, no vulneró derecho a la moralidad administrativa

El punto controvertido que debe ser analizado para efectos de establecer si constituye o no una violación o amenaza al derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa, lo constituye entonces el desarrollo de una operación por parte de FINDETER, la cual condujo a la financiación de una actividad que no hacía parte directa de su objeto legal (imperativo).

Surge entonces la inquietud acerca de si la violación de normas de imperativo cumplimiento que configuran la capacidad jurídica de FINDETER (antes referida), comporta, *per se*, el quebrantamiento del derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa.

Como se explicó en el acápite relativo al análisis conceptual del derecho-principio de moralidad administrativa, de la ilegalidad de una actuación no deviene **automáticamente** la vulneración del derecho a la moralidad administrativa, para ello bien vale la pena, retomar los argumentos que como soporte de esta tesis fueron sustentados en reciente sentencia³⁵, así:

Primero, la ilegalidad de una actuación administrativa comporta un análisis distinto al que implica un análisis axiológico o juicio de valor atinente a la moralidad administrativa, pues para que pueda hablarse de ilegalidad, debe partirse del hecho de que existe una norma que ha sido establecida en el Derecho Positivo, la cual en el evento de desconocerse, origina la ilegalidad del acto jurídico.

Mientras que la segunda, esto es, la moralidad administrativa, es mucho más compleja, pues no está siempre contenida en una norma positiva, así las cosas, puede derivarse de los Principios Generales del Derecho, o incluso, encontrarse por fuera de las normas positivas, a través de lo que la sociedad considera como correcto y plausible para las instituciones públicas.

³⁵ Sentencia proferida el 30 de agosto de 2007 por la Sección Tercera del Consejo de Estado, cuyo magistrado ponente fue el Dr. Enrique Gil Botero dentro de la acción popular 2004-00009, instaurada por Jaime Miguel Torres Padilla contra el Departamento de San Andrés entre otros.

Segundo, de afirmarse que de la ilegalidad de un acto jurídico deviene **directamente** la vulneración de la moralidad administrativa, el Constituyente de 1991, no hubiese consagrado la acción popular para la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, pues para ese efecto hubiese sido suficiente la acción pura de legalidad.

Tercero, asegurar que la ilegalidad de un acto jurídico implica **per se**, el desconocimiento del derecho colectivo a la moralidad administrativa, sugiere necesariamente que legalidad y moralidad administrativa son dos conceptos iguales, lo cual como se explicó antes indicaría una involución conceptual en la Filosofía del Derecho.

Cuarto, de aseverarse que la ilegalidad del acto jurídico tiene como consecuencia la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, significaría mutar la naturaleza de la acción popular en una acción de legalidad *sui generis*. Sobre la distinción de la acción popular de otras acciones, la Corte Constitucional ha señalado:

“Las acciones populares de que trata el artículo 88 superior constituyen un mundo diferente al de las acciones de inconstitucionalidad, de nulidad simple o de cumplimiento. Bastando al efecto observar la jerarquía jurídica de la norma que se aduce como violada en cada una de tales acciones, al igual que el sentido de cada censura y las normas y actos que se comparan en las respectivas hipótesis jurídicas. De suerte tal que al no ser equiparables dichas acciones, bien pueden soportar un tratamiento distinto por parte del legislador y de los operadores jurídicos”³⁶. (Negritas fuera de texto)

Una vez, se han sustentado los razones por las cuales no es procedente afirmar que la ilegalidad del acto jurídico origine **per se** la vulneración del derecho a la moralidad administrativa, debe precisarse que, cuando dicha ilegalidad se presenta, para que pueda predicarse la vulneración de dicho derecho, es necesario probar que tal ilegalidad desconoció valores propios de la moralidad administrativa, es decir debe acreditarse un elemento adicional a la ilegalidad que tenga tal relevancia que indique de manera contundente y evidente el desconocimiento de dicho derecho colectivo.

³⁶ Sentencia C-459/04 Corte Constitucional.

Descendiendo al caso en cuestión, la Sala echa de menos, prueba capaz de demostrar, de manera inequívoca, nexo entre la ilegalidad advertida y la efectiva violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Así pues, aunque se halla demostrado que FINDETER no estaba facultada para financiar proyectos que no estuvieran orientados al fomento y desarrollo territorial, y que en consecuencia no podía financiar la adquisición del avión presidencial, ello no indica per se, que se haya vulnerado el derecho a la moralidad administrativa. En otras palabras, la actuación de FINDETER que excede su capacidad legal, no puede ser considerada por la Sala como suficiente para encontrar violado este derecho.

En el *sub judice*, predomina la deficiencia probatoria en cuanto se refiere a la vulneración de los derechos colectivos, a pesar de que el *a quo* otorgó al actor popular la oportunidad de puntualizar y probar la alegada trasgresión. En el presente caso, los actores populares olvidaron la carga impuesta por el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, circunscribiendo su cuestionamiento a un análisis de legalidad, que no constituye la finalidad básica de la acción incoada.

Reducir el análisis de moralidad al simple juicio de legalidad, descartando como derrotero la comprobación de una amenaza o vulneración al interés colectivo, equivaldría a mutar la acción popular en una especie de tercera instancia perversamente usada para burlar las acciones procesales de imperativo cumplimiento estatuidas con el fin único de revisar la legalidad de actos y contratos. En consecuencia, el juicio de legalidad supone tan sólo el primer y obligado paso que el juez constitucional está llamado a realizar, a partir del cual deberá ponderar la conducta con fundamento en el material probatorio arrimado al proceso y atendiendo criterios axiológicos, antropológicos y deontológicos, entre otros, que permitan desentrañar la afectación a la moralidad administrativa, condición que no se estructura en el presente caso.

4.4. Inexistencia de Desviación de Poder en el caso analizado

En cuanto a la posible desviación de poder, los actores alegan que se incurrió en desviación del poder en cuanto con las actuaciones antes referidas se benefició a las entidades financieras que conforman el grupo AVAL con una “comisión” de 1.5%, al respecto la Sala encuentra lo siguiente:

Como se demuestra a continuación, la participación de entidades financieras del grupo AVAL en la operación de empréstito, obedeció a un proceso de selección en el cual primó la oferta que mejores condiciones financieras ofrecía, según se extrae del estudio efectuado por la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda, respecto del cual no se allega prueba que controvierta su contenido y que por tanto goza, desde el punto de vista probatorio, de la presunción de legalidad.

Si bien la Ley 80 de 1993-vigente para la época de los hechos- no estableció la obligación de adelantar licitación pública para celebrar contratos de empréstito, SATENA efectuó invitación pública para cotizar la financiación del Proyecto de Adquisición y Adecuación del Avión Presidencial a partir de dos modalidades de financiación: (FI 101 del C de pruebas de SATENA)

- Crédito Directo con recursos de instituciones financieras. Caso en el cual el crédito sería financiado con recursos propios del respectivo establecimiento o mediante financiamiento con terceros.
- Redescuento hasta el 100% con FINDETER con tasa de intermediación máxima del 2%. El costo financiero del proyecto podría oscilar entre el DTF + 3.90 hasta DTF + 4.65% (incluido el margen de redescuento para FINDETER y la tasa de interés de intermediación financiera - que es lo que el actor popular llama de manera impropia como “comisión”-)

Así, SATENA recibió propuestas de siete entidades para realizar la financiación con redescuento de FINDETER (FIs 80 a81 del C de pruebas de SATENA). Ninguna ofreció financiamiento total o parcial con recursos propios. Así mismo, recibió once (11) cotizaciones de entidades financieras internacionales para crédito externo, caso en el cual todas ellas, con excepción de DYNACON, exigían garantía Eximbank (también entidad de fomento) de USA por el 85%. La propuesta de DYNACON ofrecía un préstamo comercial directo con una tasa de interés de la PRIME + 3,7%, por fuera de los parámetros de la invitación a cotizar. (FIs 83 a 85 del C de pruebas de SATENA).

Mediante oficio 10110 del 24 de marzo de 2004, la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional evaluó las cotizaciones presentadas, recomendando

el crédito interno con las entidades del grupo AVAL ó el crédito externo del ABN Ambro Bank con la opción de realizar una cobertura de riesgo consistente en un “Cross Currency Swap USD/COP”. (FI 75 del C de pruebas de SATENA)

Teniendo en cuenta lo anterior, la Junta Directiva de SATENA, el día 12 de abril de 2004, se inclinó por las entidades financieras del grupo AVAL con redescuento del 100% de FINDETER, con una tasa de interés del DTF + 3.90% T.A. pagadera por semestres vencidos. Lo anterior, por cuanto esta decisión representaba un ahorro del 2% en el costo financiero, pues los endeudamientos externos representaban un sobre costo del 2% al comparar la Tasa Interna de Retorno TIR calculada por la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional de 14.57% para la mejor oferta (ABN Ambro Bank) frente a la TIR del 12,35% para las entidades del grupo AVAL, sin contar con que el crédito externo exige un seguro de riesgo solicitado por EXIMBANK entre 12.21% y 14% sobre el valor garantizado, como se desprende de las cotizaciones aportadas.(Fls 75 y siguientes cuaderno de pruebas SATENA)

Lo anterior evidencia que la decisión de contratar con entidades del grupo AVAL, correspondió a una decisión financiera que buscaba las mejores condiciones para SATENA, de lo cual no se advierte desviación de poder alguna.

4.5. No vulneración del derecho o interés colectivo a la defensa del patrimonio público no obstante, la ausencia de capacidad jurídica de FINDETER para desarrollar operación de redescuento.

Procede la Sala a revisar si a partir de la ausencia de capacidad jurídica de FINDETER para desarrollar la operación de redescuento a favor de SATENA, se vulneró el derecho colectivo integrado por la defensa del patrimonio público.

Al respecto, afirma la parte actora que se lesionó el patrimonio público a partir de la indebida destinación de recursos públicos por parte de FINDETER a una operación para la cual carecía de capacidad jurídica, lo cual acarrea una disminución de su patrimonio en perjuicio de la actividad de fomento a su cargo. Esta situación la acredita mediante los desembolsos realizados a las entidades

financieras privadas a quienes benefició con una “comisión” que no han debido percibir.³⁷

En ese contexto, corresponde a la Sala efectuar las siguientes precisiones:

La destinación de recursos en actividades que excedieron la capacidad legal de FINDETER, si bien constituye una ilegalidad, no necesariamente reviste una lesión al patrimonio público, pues la misma, tal como se expresó, se verifica con ocasión del desmedro, disminución o detrimento de recursos públicos, por parte de quienes tienen la facultad de disponer de ellos.

En el *sub judice*, no se demostró que la destinación de recursos a la operación de redescuento a favor de SATENA, haya limitado u obstaculizado la inversión de FINDETER en actividades de fomento susceptibles de ser financiadas por vía de las líneas de crédito operadas por ésta. Conviene recordar que las entidades de fomento responden a un mecanismo de demanda, según el cual las entidades territoriales y nacionales deben registrar sus proyectos de inversión con el fin de que éstos sean analizados y autorizados por FINDETER.

De otro lado, tampoco es posible afirmar que existe una disminución, desmedro o pérdida que afecte el patrimonio público, en tanto la suma desembolsada por FINDETER no fue malversada o dilapidada, pues de hecho, se encuentra debidamente representada en los activos de la entidad como una “cuenta por cobrar”, que los intermediarios financieros vienen amortizando a una tasa de interés de redescuento equivalente al DTF T.A. + 240 puntos básicos, pagadero por su equivalente año vencido para el primer año y semestre vencido para los demás períodos, según se acredita en la cláusula QUINTA del contrato de empréstito (FI 257 del C de pruebas Satena) operación que se encuentra garantizada por los intermediarios financieros mediante el endoso efectivo que

³⁷ Al respecto, obra en el expediente, comunicación de la Corporación Colombiana Financiera de 2 de mayo de 2005, a través de la cual ésta informa que los “fondos de FINDETER” “fueron desembolsados al Banco de Bogotá” por solicitud de ella (Folio 791 del cuaderno 6); certificación de FINDETER a través de la cual se informa que esta entidad “no tiene recursos pendientes por redescantar, girar o desembolsar a través de los bancos AV Villas S.A, Bogotá, Popular, Occidente, o la Corporación Financiera Colombiana S.A” (folio 800 del cuaderno 6); comunicación de FINDETER al tribunal Administrativo de Cundinamarca a través de la cual informa que el 28 de abril de 2004 desembolsó “solo un porcentaje del crédito redescantado” y que “el saldo pendiente se desembolsó el 10 de octubre de 2004” (Folio 816 del cuaderno 6); reporte de las transacciones efectuadas el 28 de abril de 2004 entre FINDETER y las entidades financieras privadas que participaron en la operación (Folios 829 a 841 del cuaderno 6); y reporte de las transacciones efectuadas el 29 de octubre de 2004 por el mismo concepto. (folios 817 a 829). Vale la pena advertir que todas estas pruebas documentales obran en original o copia auténtica.

hicieron de los pagarés otorgados a ellos por SATENA. (Fls 318 a 338 del C de pruebas aportadas por SATENA) .

Conviene recordar que al tratarse de una operación financiera compleja, los recursos desembolsados por FINDETER se encuentran amparados, indirectamente, por el aval otorgado por la Nación a SATENA, soportado en el contrato de contragarantía de 26 de abril de 2004 suscrito entre aquéllas, mediante el cual se pignoraron los ingresos que recibiera SATENA por concepto de cánones de arrendamiento establecidos en el convenio Interadministrativo de Arrendamiento suscrito entre el Ministerio de Defensa Nacional - Fuerza Aérea Colombiana - FAC- y SATENA, además del otorgamiento de un pagaré en blanco con carta de instrucciones. (FI 271 del C de pruebas aportadas por SATENA)

En consecuencia, ante la eventualidad de cualquier incumplimiento por parte de los intermediarios financieros o la terminación anticipada del contrato de empréstito, FINDETER tiene debidamente protegido el capital comprometido en la operación de redescuento. Por su parte, SATENA encuentra representado el monto del crédito obtenido de los intermediarios financieros en la aeronave destinada al transporte del Presidente de la República a un bajo costo por servicio de la deuda, el cual corresponde al DTF + 3.90. Lo dicho se complementa con la certificación remitida por el Banco de Bogotá a solicitud del *a quo* referida al Cálculo Rentabilidad Crédito VS TES comparable, para las fechas de abril 28 y octubre 29 de 2004, en el que se indica la diferencia de rentabilidad de un TES de 13.06% y 13.24% respectivamente, frente a la rentabilidad del crédito otorgado a SATENA de 9,29% efectivo anual, tasa fija. (FI 855 a 888 del C2)

4.6. No vulneración del derecho colectivo a la salubridad pública

Los accionantes también alegan que se ha vulnerado el derecho a la salubridad pública, porque al destinar FINDETER unos dineros a un objeto distinto al concebido por la ley para el ejercicio de sus actividades, descuidó su verdadero objeto en materia sanitaria y de manera particular el relativo a infraestructura de acueducto y saneamiento básico, puesto de salud, ancianatos, plazas, centros de acopio y mataderos.

Sin embargo, para la Sala no son de recibo los anteriores planteamientos, toda vez que el anterior razonamiento, queda desvirtuado al no ser cierta la premisa

mayor en la que se fundamenta, esto es que se hayan destinado los recursos del empréstito para fines distintos a la adquisición del avión presidencial. Como antes se tuvo la oportunidad de explicar, se demostró que ante las cotizaciones presentadas por entidades financieras nacionales e internacionales, SATENA tuvo que acudir a la operación de empréstito con redescuento, operación en la cual necesariamente debe pagarse una “tasa de redescuento” que equívocamente se denomina por el accionante como “comisión”.

Por otra parte, y en gracia de discusión y en el evento que se aceptara una indebida destinación de dineros públicos, al actor no le bastaba afirmar que se afectó la inversión en agua potable y saneamiento básico - como lo hace el actor popular -, sino que requería probar que las entidades territoriales o nacionales registraron sus proyectos con tal finalidad y que éstos no habrían sido autorizados debido a la falta de recursos de crédito porque los disponibles para esos fines hubieren resultado distraídos mediante la financiación de actividades extrañas al objeto social del aludido establecimiento de crédito.

Conclusiones

Como pasa a resumirse, la Sala confirmará la decisión de primera instancia por cuanto no se demostró la lesión de los derechos a la moralidad administrativa, protección al patrimonio público y salubridad pública.

En lo relativo al derecho colectivo a la moralidad administrativa, si bien se acreditó que FINDETER no se hallaba facultado para realizar la operación de redescuento, porque se trataba de la financiación de un proyecto que no estaba destinado a satisfacer necesidades regionales, y por ende se configuró un vicio de ilegalidad, la Sala estima que los conceptos de ilegalidad y moralidad administrativa no son equivalentes, en razón a que son categorías con naturaleza y alcance distintos, por eso no es suficiente la demostración de la ilegalidad de la actuación para concluir con ello que se ha vulnerado el derecho a la moralidad. Adicionalmente de la ilegalidad, se requiere probar que tal ilegalidad tiene tal impacto que conlleva de manera palmaria el desconocimiento del derecho a la moralidad administrativa, como esto último no fue acreditado en el proceso, no hay menoscabo de tal derecho.

Referente al desconocimiento del derecho colectivo a la protección del patrimonio público, la Sala determina que los recursos desembolsados por el FINDETER fueron efectivamente invertidos en la compra del avión presidencial, por lo que no hay menoscabo a los intereses patrimoniales del Estado, por cuanto este bien hace parte de los activos fijos de SATENA.

En lo atinente al derecho a la salubridad pública, no se demostró que proyectos de inversión en agua potable y saneamiento básico, hayan sido desatendidos por causa de las operaciones crediticias aquí analizadas.

No pronunciamiento de fondo sobre otras pretensiones

La Sala no se pronunciará sobre las restantes pretensiones de la demanda, por cuanto éstas son consecuenciales y dependen de la vulneración de los derechos colectivos aludidos en la demanda, como tal desconocimiento, según se ha explicado antes, no se presenta, no es necesario referirse a ellas.

No reconocimiento de incentivo a los actores

Finalmente, valga señalar que la acción popular faculta al actor para solicitar y recibir un incentivo, el cual no es otra cosa que la retribución por una gestión altruista, pero también diligente y responsable, que no se concreta con la sola relación de apreciaciones subjetivas o juicios de legalidad, sino que comporta la obligación de acreditar las transgresiones puestas en conocimiento de la jurisdicción.

Como se observa, a pesar de la ilegalidad registrada, las conductas relacionadas no tienen la entidad necesaria para vulnerar el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, razón que lleva a esta Sala a denegar las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

CONFIRMAR la Sentencia de 8 de noviembre de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de las demandas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

MAURICIO FAJARDO GOMEZ RUTH STELLA CORREA PALACIO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA MYRIAM GUERRO DE ESCOBAR