

Acción popular de moralidad administrativa

ERNESTO MATALLANA CAMACHO*

RESUMEN

La Acción Popular de Moralidad Administrativa es una acción de origen constitucional (art. 88) que tiene un desarrollo legal con la expedición de la Ley 472 de 1998, que tenía dentro de sus características un incentivo económico del 15%, el cual fue eliminado por el último artículo de la Ley 1425 de 2010. Dentro de las reformas propuestas en el nuevo Código Contencioso Administrativo se encuentra el superar el debate jurisprudencial si a través de la acción se pueden anular actos o contratos, lo cual es prohibido de entrada por el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, que además crea un requisito de procedibilidad, en donde el accionante debe dirigirse primero a la entidad y plantearle la posible violación del derecho colectivo.

La jurisprudencia tiene definida la moralidad administrativa como el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo con la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propio de un buen funcionario. Si bien la posición del Consejo de Estado es que no es posible la acumulación de procesos, creemos que puede ser revisable al eliminarse el incentivo económico. Adicionalmente la doctrina de juez de lo contencioso considera que la acción popular al tener un objeto jurídico a proteger que el derecho colectivo, la hace autónoma respecto de otras acciones y además tiene un carácter principal por esa misma razón.

Otra jurisprudencia aborda el criterio de ponderación a la hora de tomar una decisión de protección de un derecho colectivo, cuando se enfrenten principios donde ninguno tiene un carácter absoluto, que se encuentren sustentando instituciones jurídicas y el juez popular deberá decidir a cuál deberá dársele mayor prioridad. La Administración dentro de la gestión pública puede sacrificar unos principios por la aplicación de otros cuando está ejecutando una norma, en esa medida; o bien, la Administración efectuó una inadecuada ponderación y en ese caso el juez popular podrá privarla de validez; o en otro caso, el juez popular puede llegar a concluir que sólo había una única solu-

* Abogado, Especialista y Mágister en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. ernesto.matallana@uexternado.edu.co

ción de ponderación; y en último caso, si existieran varias posibles soluciones con la exigencia de ponderación, el juez popular no deberá sustituir con la decisión a favor de una de ellas y en este caso se respetará la tomada por la Administración. Este método es utilizado para hacer más eficiente el control del juez popular sobre decisiones que tengan el carácter de discrecionales de la Administración, cuando con estas decisiones se comprometan derechos colectivos. En este caso es posible pensar que con la celebración de un contrato se pueden vulnerar derechos colectivos como el de la moralidad administrativa y se ratifica con otra jurisprudencia donde se reconoce que el principio de planeación forma parte de los deberes de las entidades estatales.

Para la jurisprudencia la moralidad tiene los siguientes significados: no es sinónimo de legalidad y no es un concepto subjetivo; por el contrario, una demostración de inmoralidad es el desvío de poder, así que adicional a la demostración de la ilegalidad de la actuación se requiere probar el desvío de poder.

Finalmente en cuanto a la expedición del nuevo Código Contencioso Administrativo sobre la actual Acción de Moralidad Administrativa debemos reiterar que la ley limita de manera definitiva la competencia del juez popular de anular un acto administrativo o un contrato como consecuencia de la vulneración de un derecho colectivo, en este caso del derecho de moralidad administrativa. Por otra parte, se crea un requisito de procedibilidad que consiste en la obligación de quien va a interponer la acción, de requerir a la entidad sobre la violación del principio de moralidad y luego sí entonces se interpone la acción correspondiente, salvo un caso de violación inminente que requiera la intervención judicial y en este caso deberá quedar la sustentación en la demanda. Si no se atiende este requisito de procedibilidad el juez administrativo tendrá la facultad de rechazar la demanda.

PALABRAS CLAVE

Derecho colectivo, medidas cautelares, pacto de cumplimiento, agotamiento de la jurisdicción, autonomía de la acción, congruencia de la sentencia, prevalencia de principios, procedencia de la acción sobre contratos estatales, el principio de planeación, concepto de moralidad, desvío de poder, incentivo económico.

POPULAR ACTION OF ADMINISTRATIVE MORALITY

ABSTRACT

Popular Action of Administrative Morality is an act of constitutional origin (art. 88) that has a legal development to the issuance of Law 472 of 1998, which had within its features a financial incentive of 15%, which was eliminated

by the last section of Law 1425 of 2010. Among the reforms proposed in the new Code of Administrative overcome is the jurisprudential debate whether through action or actions may void contracts, which entry is forbidden by Article 144 of Act 1437 of 2011, which also establishing a procedural requirement, where the plaintiff must first contact the entity and addressing potential violation of collective rights. The case law has defined administrative morality as the right of the community to which public property is managed in accordance with current legislation, with due diligence and proper care of a good official. Although the State Council's position is that it is possible the accumulation process, we believe it may be reviewable by eliminating the economic incentive.

Additionally, the doctrine of contentious court finds that the class action to have a legal order to protect the collective right, make it autonomous from other activities and also has a main character for that very reason.

The management within the public administration can sacrifice principles for the implementation of others when you are running a standard, to that extent, or made an improper administration weighting and then the judge can deprive people of validity, or otherwise The popular judge may conclude that there was only one solution weighting, and in case if there are several possible solutions with the weight requirement, the court shall not substitute popular decision in favor of one of them and in this be respected if taken by the administration. Another case deals with the weighted criterion when making a decision to protect a collective right, when faced principles where none is absolute they are upholding legal institutions and popular judge must decide what should be given higher priority.

For the case morality has the following meanings: it is not synonymous with legality and not a subjective concept. A demonstration of immorality is the diversion of power, so in addition to demonstrating the illegality of the performance test is required diversion of power. On the other hand creates a procedural requirement that is the obligation of the person to bring the action, to require the entity of the violation of the principle of morality and then if then appropriate action is filed, unless an imminent rape case requiring judicial intervention in this case must be lift in demand. In this case it is conceivable that with the conclusion of a contract may violate rights groups such as administrative morality and confirms another case where it is recognized that the principle of planning is part of the duties of state agencies.

Finally, regarding the issuance of the new Code of Administrative action on the current administrative morality we must reiterate that the law limits a definitive popular jurisdiction of the court to annul an administrative act or a contract as a result of the breach of a collective right in this case the right to administrative morality. If not addressed this procedural requirement the administrative law judge has the power to reject the demand.

KEY WORDS

Collective rights, precautionary measures, covenant compliance, depletion of the jurisdiction, autonomy of action, consistency of sentencing, prevalence of principles, origin of action on state contracts, the principle of planning, concepts of morality, transfer of power, economic incentive.

INTRODUCCIÓN

Nuestra inquietud permanente siempre ha sido exponer mecanismos que permitan controlar el despropósito que a veces persiguen funcionarios públicos que, con sus actuaciones, sólo buscan apropiarse indebidamente de los recursos públicos, para sí o para terceros, y es posible que la Acción de Moralidad Administrativa logre esos fines. El propósito de este ensayo es presentar el origen constitucional de la Acción Popular de Moralidad Administrativa en el artículo 88 de la Constitución Política, su desarrollo legal con la expedición de la Ley 472 de 1998 que permite su aplicación, y luego analizar jurisprudencialmente a través de diferentes providencias que el Consejo de Estado ha pronunciado para determinar el alcance de la acción y ámbito de aplicación. Una vez efectuada esta presentación, nos proponemos indicar las normas de la reforma del Código Contencioso Administrativo que inciden en la manera como se ha venido utilizando la acción, para luego expresar nuestras conclusiones.

NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE REGULAN LA ACCIÓN POPULAR DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA

Esta acción pública se encuentra consagrada en el artículo 88¹ de la Constitución Política, y se relaciona con una acción tendiente a buscar la protección de los derechos e intereses colectivos atañedores, entre otros, a la moral administrativa.

Señala PEDRO PABLO CAMARGO² sobre la Acción Popular de la Moralidad Administrativa que es un derecho colectivo el que los servidores públicos se

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

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

2 CAMARGO, PEDRO PABLO, *Las acciones populares y de grupo*, 3.ª ed., Bogotá, Edit. Leyer, 2002, pp. 121 a 124.

ajusten tanto a la Constitución como a las leyes que rigen las actuaciones de los funcionarios públicos, y agrega: "Vistas las anteriores disposiciones constitucionales y legales, la moral administrativa es un derecho e interés colectivo que permite el ejercicio de la acción popular, especialmente si se trata de proteger la contratación administrativa".

En desarrollo del artículo 88 de la Constitución Política, el Congreso de la República expidió la Ley 472 de 1998, para el ejercicio de las acciones populares, dentro de las cuales se encuentra la protección del derecho o interés colectivo denominado la moralidad administrativa. Respecto de la acción, la misma ley estableció su carácter oficioso una vez se promueva la acción popular (art. 5.º); su trámite preferente (art. 6.º); y la posibilidad de tramitarse durante todo el tiempo, incluyendo los estados de excepción (art. 8.º). Por otra parte, señala el artículo 9.º que la acción popular procedería contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares que hubieran violado o amenazaren violar los derechos o intereses colectivos. Así mismo, se establece que no será necesaria la interposición de los recursos de vía gubernativa como requisito para iniciar la acción popular (art. 10.º), y mientras subsista la amenaza o el peligro sobre el derecho o interés colectivo, se podrá promover en cualquier momento (art. 11).

En cuanto a la legitimación en la causa para promover la acción popular, se señala en primer lugar a cualquier persona, pero también se le otorga legitimación a las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones populares, cívicas o de índole similar; a las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión; al Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los personeros distritales y municipales, en lo relacionado con su competencia, y a los alcaldes y demás servidores públicos que, por razón de sus funciones, deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses.

Respecto a las personas contra las cuales se dirige la acción, el artículo 14 señala expresamente que la acción popular se dirigirá contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o interés colectivo, y la autoridad ante quien habrá de interponerse dependerá de la naturaleza jurídica de quien se presume haya vulnerado el derecho colectivo; por lo tanto, en el caso de acciones u omisiones de entidades públicas o particulares con funciones públicas, será la jurisdicción de lo contencioso administrativo; en cambio, si se trata de particulares será la jurisdicción ordinaria civil (art. 15).

Por otra parte, el artículo 20 establece que el juez dentro de los tres días siguientes se pronunciará acerca de la admisión de la demanda, y en caso de inadmitirla motivará las razones por las cuales la rechaza y le otorgará un término de tres días al demandante para que, de ser el caso, subsane los errores; si no se corrige la demanda dentro del plazo establecido el juez rechazará

definitivamente la demanda. En caso de que no haya sido el Ministerio Público quien haya interpuesto la demanda, se le comunicará a éste sobre la admisión de la demanda para que intervenga como representante de los intereses colectivos (art. 21). El juez, una vez admitida la demanda, le correrá traslado al demandado para que conteste la demanda en un plazo de diez días y a los miembros de la comunidad se les podrá informar a través de un medio masivo de comunicación o de cualquier mecanismo eficaz, habida cuenta de los eventuales beneficiarios. El juez tendrá 30 días contados a partir del vencimiento del traslado de la demanda al demandado para proferir fallo (art. 22).

Respecto a las medidas cautelares, el artículo 25 determinó de cuáles podría hacer uso el juez popular para prevenir o detener la violación del derecho colectivo:

Artículo 25. Medidas cautelares. Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado. En particular, podrá decretar las siguientes:

- a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado, o lo sigan ocasionando.
- b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado.
- c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas.
- d) Ordenar, con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.

Parágrafo 1°. El decreto y práctica de las medidas previas no suspenderá el curso del proceso.

Parágrafo 2°. Cuando se trate de una amenaza por razón de una omisión atribuida a una autoridad o persona particular, el juez deberá ordenar el cumplimiento inmediato de la acción que fuere necesaria, para lo cual otorgará un término perentorio. Si el peligro es inminente podrá ordenar que el acto, la obra o la acción la ejecute el actor o la comunidad amenazada, a costa del demandado.

El demandado se puede oponer a las medidas cautelares bajo tres presupuestos regulados por el artículo 26 y en los siguientes términos:

Artículo 26. Oposición a las medidas cautelares. El auto que decrete las medidas previas será notificado al demandado simultáneamente con la admisión de la demanda y podrá ser objeto de los recursos de reposición y de apelación; los

recursos se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en el término de cinco días. La oposición a las medidas previas, sólo podrá fundamentarse en los siguientes casos:

- a) Evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger.
- b) Evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público.
- c) Evitar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable.

En este caso, le corresponde a quien alegue estas causales demostrarlas ante el juez popular.

Dentro del trámite completo de la acción de moralidad administrativa se tiene previsto, en primer lugar, lo que ha denominado la ley un Pacto de Cumplimiento, que le permite al juez, por su iniciativa, determinar la forma como se podrá proteger el derecho o interés colectivo y el restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban anteriormente (art. 27). En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de este trámite, el juez puede ordenar la práctica de pruebas de oficio o a petición de parte, dentro de los 20 días siguientes, prorrogables por otros 20 días (art. 28). Vencido el término para la práctica de pruebas, el juez trasladará a las partes para que presenten alegatos de conclusión en un término común de cinco días (art. 33).

Finalmente, el artículo 40 estableció un incentivo económico para quien interpusiera la acción correspondiente al 15% de lo que recuperara el Estado, pero dicho artículo fue derogado expresamente por el único artículo de la recién aprobada Ley 1425 de 2010.

Sobre el particular, nosotros expresamos nuestra inconformidad en un artículo de opinión que fue publicado por el diario El Tiempo el 18 de septiembre del año inmediatamente anterior y titulado *¿Sí es útil eliminar el incentivo económico de la Acción Popular?*, en donde además de explicar en qué consistía la acción, explicábamos las bondades de la institución y que se encuentran por encima de los aspectos negativos de la figura y así concluíamos.

Nuestra conclusión es que el primer sistema de control sin ser el único contra la demanda temeraria, es la posibilidad que no sea ni siquiera admitida por el juez popular y por el contrario sí se sacrifica de manera grave la posibilidad de recuperar los gastos que demanda la interposición de la acción en perjuicio para el derecho colectivo que no tendría interesados en su protección por los costos que demandaría, máxime si la doctrina actual del Consejo de Estado señala que quien pretende demandar la vulneración de un derecho colectivo tiene la carga de probar cuál de las entidades estatales o particulares incurrió en dicha vulneración.

Así que le solicitamos al señor Presidente en su estrategia "anticorrupción" que reconsidere su iniciativa y mantenga el incentivo económico tal como fue con-

cebido en 1998, y así se podrían evitar “elefantes blancos” como el denunciado, pues resulta por demás contradictorio que elimine los instrumentos que han permitido detener prácticas corruptas contra el tesoro público.

Como se evidencia, nuestra súplica no fue escuchada y el Congreso finalmente acogió la recomendación del ejecutivo y se eliminó el incentivo económico que proponía la Ley 472 de 1998, con lo cual creemos va a bajar ostensiblemente el uso de esa acción favoreciendo la labor de los corruptos.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN PÚBLICA DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA

LA ACCIÓN POPULAR DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA PERMITE ANULAR EL CONTRATO ESTATAL

El Consejo de Estado³ nos indica el alcance de la Acción Popular de Moralidad Administrativa y es el referente a las facultades del juez popular en lo que hace a la “revisión de la legalidad de actos y contratos de la Administración”. Desde que la Sección Tercera del Consejo de Estado asumió la competencia para estudiar la Acción Popular de Moralidad Administrativa, se ha guardado coherencia en cuanto a la competencia del juez popular; esto es, que le corresponderá a éste “evaluar la existencia o no de violación del derecho colectivo invocado, al tiempo que habrá de determinar la medida procedente por adoptar, toda vez que la violación del mismo no está necesariamente determinada por la ilegalidad del contrato”. De esta manera el juez popular puede tomar medidas como la suspensión de la ejecución del contrato hasta tanto se defina la legalidad del mismo.

Y concluye el Consejo de Estado en este aparte del estudio sobre la competencia del juez popular y que puede evaluar del contrato estatal:

En definitiva, si se acude al contexto mismo de la Ley 472 como sus antecedentes arriba reseñado, se ilustra el sentido indicado. Una lectura sistemática que establezca correspondencia y armonía entre cada uno de sus dispositivos (arts. 9, 15, 34 y 40) permite concluir que los contratos estatales son susceptibles de evaluación por parte del juez popular cuando quiera que se amenace o vulnere un derecho colectivo, siendo del caso—incluso— examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o inclusive declarar su nulidad, siempre y cuando se trate de nulidad absoluta, en tanto que esta hipótesis se acompasa mejor a las otras preceptivas que gobiernan la materia (Código Civil, Código de Comercio

3 Consejo de Estado, sentencia de 5 de octubre de 2005, C.P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, expediente AP-01588-01.

y la Ley 80 de 1993), en tanto que sólo ésta puede ser declarada oficiosamente, a tiempo que –con su ocurrencia– resulte más clara la eventual vulneración de un derecho o interés colectivo.

Sin embargo, aclara el Consejo de Estado, que si cursa proceso ante el juez natural del contrato, el juez popular debe ser cuidadoso en tomar las medidas del caso, como podría ser no decretar la nulidad, sino suspender provisionalmente la ejecución del contrato hasta tanto se defina la legalidad del contrato en el proceso. Es por ello que en la acción popular no operaría la excepción de pleito pendiente.

Por otra parte, la Corporación también se pronuncia en esta jurisprudencia acerca de la definición de moralidad administrativa y empieza por señalar que se “ha entendido como contraria a la moralidad administrativa toda actuación no coherente con el interés de la colectividad y, en particular, con los fines que persiguen las facultades asignadas al funcionario que las ejerce”. Para desarrollar de mejor manera esta definición, el Consejo de Estado se apoya en jurisprudencia anterior⁴ que señaló que la moralidad administrativa no se encuentra definida en la Ley 472 de 1998, pero en los antecedentes de la norma, el legislador justifica la norma señalando que se entenderá por moralidad administrativa, el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo con la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propio de un buen funcionario. Por lo tanto, la moralidad administrativa persigue el manejo adecuado del erario público y, en general, que los funcionarios públicos asuman un comportamiento ético frente al mismo, pues los servidores públicos pueden incurrir en conductas que la generalidad tacharía de inmorales, o en otras que podrían ser sancionadas disciplinaria o penalmente.

Esta posición del Consejo de Estado va a ser revisada por cuanto el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 prohíbe expresamente que a través de esta acción se anule un acto o contrato.

LA ACCIÓN POPULAR DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y OTROS DESARROLLOS DOCTRINARIOS

Mediante sentencia de 18 de junio de 2008, actuando como Consejero ponente Ruth Stella Correa Palacio, expediente AP-2003-00618, el Consejo de Estado resuelve respecto de la demanda que interpuso la Empresa de Obras Sanitarias de Sucre EMPOSUCRE en Liquidación contra la Nación; el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento (CRA); el Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y

4 Consejo de Estado, sentencia de 14 de noviembre de 2002. C.P.: MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA, expediente AP-616.

Desarrollo Territorial –Dirección de Agua Potable y Saneamiento Ambiental, el Municipio de Sincelejo, la Empresa de Servicios Públicos de Acueducto y Alcantarillado de Sincelejo- EMPAS S.A. E.S.P. y Aguas de la Sabana S.A. E.S.P., para la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público, los que afirma vulnerados por los demandados con la ejecución del contrato de operación con inversión No. 037 de 2002. De acuerdo con el demandante, con la celebración del contrato en mención se produjo un detrimento al patrimonio público al haberse despojado de los bienes de su propiedad, en la que son socios el Departamento de Sucre y los municipios de Majagual, Toluviejo, Sincé, Sampués, Galeras, San Pedro, Sucre, San Marcos, San Juan de Betulia, Morroa, San Onofre, Tolú, Ovejas y Sincelejo y, por lo tanto, se solicita se ordene pagar la suma de trece mil trescientos siete millones setecientos cinco mil seiscientos noventa y cuatro pesos (\$13.307.705.694), que corresponde al valor actualizado de los bienes de que fue objeto de despojo, en cuya expropiación de facto, participaron activa y decididamente, los entes accionados. También solicita en la misma demanda que se declare que por el contrato se afectó la moral administrativa, por celebrarse el mismo en condiciones, censurablemente desventajosas para la administración pública y a favor del contratista operador, violándose de paso la normatividad que regula el régimen de servicios públicos consagrados en la Constitución Nacional, la Ley 142 de 1994, la Ley 689 de 2001, Resolución 151 de 2001 de la CRA y Ley 80 de 1993.

Se afirmó en la demanda que EMPOSUCRE fue la empresa que instaló toda la infraestructura de acueducto, alcantarillado y saneamiento básico ambiental en casi todo el Departamento, de manera que todos esos activos en su criterio aún le pertenecían por cuanto todavía se encontraba en liquidación. Se afirma, igualmente, que el liquidador celebró con el municipio de Sincelejo un convenio interadministrativo el 18 de octubre de 1989 en cuya cláusula primera se estipuló que EMPOSUCRE hacía entrega a título de administración al municipio de Sincelejo de las instalaciones de acueducto, alcantarillado y demás servicios.

Se agrega en los hechos de la demanda que el municipio de Sincelejo creó la empresa estatal de servicios públicos de acueducto y alcantarillado de Sincelejo, EMPAS S.A. E.S.P., con el objeto de la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado y demás servicios, los que en su criterio prestó usando los bienes que en administración había recibido el municipio de EMPOSUCRE en liquidación. EMPAS S.A. E.S.P., siguiendo parámetros diseñados desde los Ministerios de Comercio, Industria y Turismo-CRA y de Medio Ambiente, decidió que la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado fuera ejecutada por un contratista operador. Para el efecto celebró con la Sociedad Aguas de la Sabana S.A. E.S.P. el contrato de operación con inversión 037 de 2002, en cuya cláusula 16 se deja establecido que los bienes son de su propiedad, cuestión cuestionada por EMPOSUCRE en liquidación quien alegó que los

bienes se dieron en administración, por lo que se trata de "una expropiación de facto, sin indemnización alguna, que quebranta los artículos 2, 58 y 362 de nuestra Carta Política". Finalmente sostiene que en la contratación del operador se presentó un direccionamiento.

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

AGOTAMIENTO DE LA JURISDICCIÓN

En primer lugar, el Consejo de Estado hace uso de lo que la jurisprudencia anterior ha denominado "Agotamiento de la jurisdicción", y se presenta cuando existe otra demanda en acción popular en curso con el mismo objeto que ya ha sido notificada al demandado⁵, hecho que constata el juez a partir de la identidad de actores, pretensiones y hechos.

Advierte la corporación que esta institución procesal fue extrapolada de la construcción que al efecto hiciera la Sección Quinta del Consejo de Estado en sede de contencioso electoral, sobre la base de que la identidad de demandas -que en acciones populares se presenta cuando el objeto y la causa son los mismos, con independencia de que el actor lo sea o no ya que justamente se trata de una acción pública- comporta causal de anulación del proceso posterior. Ahora, dado que los intereses en juego impiden la simple acumulación de procesos⁶ (dada la naturaleza de esta acción y las consecuencias nocivas a nivel de reconocimiento del incentivo que entrañaría) es tarea del juez verificar si el objeto es el mismo.

Añade el Consejo de Estado que de acuerdo con lo expuesto, y en aplicación del principio de *economía procesal* y orientada en el propósito de *evitar decisiones contradictorias*, se han rechazado demandas populares que coinciden

5 De acuerdo con el Consejo de Estado, la siguiente providencia va en el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 15 de marzo de 2006, rad.: 2500023240 2004 (AP-01209) 01, actor: Hugo Serrano Gómez y Otro, demandado: Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol – Ministerio de Minas y Energía – Chevrontexaco, C.P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.

6 De conformidad con lo expuesto por el Consejo de Estado, en anterior oportunidad sí se permitió la acumulación de procesos, auto de 22 de noviembre de 2001, AP 218.

en sus pretensiones (*petitum*) y en sus fundamentos fácticos (*causa petendi*), con los siguientes argumentos:

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

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

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

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

Por supuesto, será el juez en cada evento, quien debe verificar que el objeto de la nueva acción es el mismo de la que se encuentra en trámite, pues si coinciden sólo de manera parcial, sí deberá ordenarse la acumulación de las demandas, ya que la primera no agota el interés colectivo de que trata la segunda (...) ⁷.

- 7 El Consejo de Estado reseña las siguientes providencias sobre el particular: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 5 de febrero de 2004, AP 933. C.P.: RICARDO HOYOS DUQUE, en sentido similar vid., auto de 5 de agosto de 2004, rad.: 25000-23-25-000-2004-00979-01(AP-00979), actor: Sergio Sánchez, demandado: Municipio de Caparrapí, C.P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ, auto de 16 de septiembre de 2004, expediente AP-0326, C.P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ, sentencia de 7 de octubre de 2004, rad.: 25000-23-26-000-2003-00336-01(AP)DM, actor: Fernando Alberto García Forero, demandado: Empresa Colombiana de Petróleos y Otros, C.P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, S.V. María Elena Giraldo Gómez y Germán Rodríguez Villamizar, auto de 14 de octubre de 2004, rad.: 25000-23-26-000-2001-0326-01(AP), actor: Jaime Jurado Alvarán, C.P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ, auto de 7 de diciembre de 2005, expediente AP-1029, C.P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ, Bogotá, D.C., auto de 12 de diciembre de 2005, rad.: 25000-23-25-000-2004-02148-01(AP), actor: Martha Luz

Para el Consejo de Estado, la aplicación a los juicios populares del instituto del "agotamiento de jurisdicción"⁸ pretende impedir la coexistencia de procesos paralelos en tanto ello entraña una amenaza latente a la igualdad en la aplicación de la ley dado el grave riesgo de decisiones contradictorias. Se persigue, pues, evitar no sólo el innecesario desgaste de la jurisdicción, sino también el poner en tela de juicio la seguridad jurídica ínsita a toda decisión judicial y que es el sustrato del ejercicio de la función pública jurisdiccional (art. 228 CN y art. 1 LEAJ). En otros términos, el "agotamiento de jurisdicción" en sede popular busca la guarda de la unidad del derecho como postulado fundamental de la facultad estatal de impartir justicia (*iudicare munus publicum est*⁹), y así se sustenta el argumento:

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

Por ello, cuando luego del aparecimiento de un proceso, con la notificación de la demanda al demandado(s), se admite otra demanda(s) aparece un hecho contrario al agotamiento de jurisdicción, que dice que existiendo un juicio sobre determinados hechos no puede coexistir paralelamente otro sobre los mismos"¹⁰.

Por lo antes expuesto expresa el Consejo de Estado que la corporación ha declarado la nulidad de lo actuado en el segundo proceso popular, con arreglo a lo

Barros Tovar, demandado: Ministerio de Minas y Energía y otros, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO, auto de 24 de enero de 2007, exp. AP-907-2004, auto de 22 de febrero de 2007, rad.: 52001-23-31-000-2004-00092-01(AP), actor: Tatiana Miguél Colina, demandado: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y Otros, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO, sentencia de 17 de mayo de 2007, rad.: 25000-23-26-000-2003-01042-01(AP), actor: Fundación un Sueño por Colombia, demandado: Nación - Ministerio de Comunicaciones y Otros, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO; auto de 12 de diciembre de 2007, rad.: 25000-23-26-000-2005-01856-01(AP), actor: Nelson Germán Velásquez Pabón, demandado: Concesionaria Vial de los Andes S.A. y Otros, C.P.: ENRIQUE GIL BOTERO.

- 8 En esta jurisprudencia el Consejo de Estado nos indica sobre la diferencia de esta figura con la de cosa juzgada en sede popular. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 23 de julio 2007, rad.: 25000-23-24-000-2005-02295-01(AP), actor: José Elbert Gómez, demandado: Alcaldía Local de Chapinero, C.P.: ENRIQUE GIL BOTERO.
- 9 El Consejo de Estado traduce este latinazgo indicando que juzgar es carga (función) pública PAULO, L, 78, D V, 1.
- 10 El Consejo de Estado se apoya en esta jurisprudencia para exponer su argumento: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 16 de septiembre de 2004, radicación 25000-23-26-000-2001-00326-01 (AP-0326), actor: Jaime Jurado Alvarán y Otros, C.P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ.

prescrito por el numeral primero del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión expresa del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo y por el artículo 44 de la Ley 472 de 1998 al juicio popular, por "falta de jurisdicción" siempre y cuando previamente se establezca, sin lugar a dubitación alguna, que media identidad de objeto y de *causa petendi*. Así lo expresó:

De acuerdo con el numeral 1 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo, el proceso es nulo cuando se adelanta correspondiendo su conocimiento a otra jurisdicción¹¹, entendiéndose por falta de jurisdicción 'el hecho de que el proceso sea conocido por una autoridad judicial de rama diferente a la...contencioso-administrativa', con más veras lo será, cuando ya se ha promovido otro proceso sobre el mismo objeto y con las mismas causas habida consideración al hecho de que se ha consumado la jurisdicción.

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

En otros términos, la nulidad debe decretarse cuando se observa, por parte del operador judicial, que ya ha sido agotada la jurisdicción, previa la determinación de certeza de que existe identidad de partes, objeto y de causa *petendi*, en sentencias con efectos inter partes, y de entidad de objeto y de causa tratándose de sentencias con efectos *erga omnes*¹².

AUTONOMÍA DE LA ACCIÓN POPULAR DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA

De acuerdo con el Consejo de Estado y para resolver una excepción planteada por la parte demandada, se indica que a diferencia de la acción de tutela que procede sólo cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial salvo que se utilice como mecanismo transitorio (art. 86 inc. 3º y numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991) y de la acción de cumplimiento que es improcedente cuando el afectado tenga otro medio de defensa judicial o cuando la protección de los derechos pueda ser garantizada mediante la

11 El Consejo de Estado se remite a esta jurisprudencia para expresar su argumento: Consejo de Estado, Sala Contenciosa Electoral, expediente E-010 de 18 de octubre de 1986.

12 El Consejo de Estado se remite a esta jurisprudencia para plantear su argumentación: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 12 de diciembre de 2005, rad.: 25000-23-25-000-2004-02148-01(AP), actor: Martha Luz Barros Tovar, demandado: Ministerio de Minas y Energía y Otros, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

acción de tutela (art. 9º de la Ley 393 de 1997), la acción popular ostenta el carácter de autónoma o principal, habida consideración de su objeto y por ello su procedencia no está subordinada a que no existan otros medios de defensa judicial. Así lo ha señalado en forma reiterada la jurisprudencia, con apoyo en lo dispuesto por la Ley 472 que desarrolla el artículo 88 Constitucional:

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

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

‘Los derechos en cuestión propenden por (sic) la satisfacción de necesidades de tipo colectivo y social, y se diseminan entre los miembros de grupos humanos determinados, quienes los ejercen de manera idéntica, uniforme y compartida. Por su naturaleza e importancia, requieren un reconocimiento en la nueva Carta que fomente la solidaridad entre los habitantes del territorio nacional para la defensa de vitales intereses de carácter colectivo y que propicie la creación de instrumentos jurídicos adecuados para su protección (...). De otra parte, subsisten acrecentadas las razones que en la historia de las instituciones jurídicas justificaron en su momento la aparición de estas acciones para defender los intereses de la comunidad (...)¹³.

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

‘Se trata, pues, de la defensa especial de unos derechos o intereses cuya titularidad recae en toda la comunidad y, por lo mismo, su prosperidad no puede desvirtuarse, por haberse interpuesto simultáneamente las acciones ordinarias¹⁴ pertinentes.

13 El Consejo de Estado trae a colación lo señalado sobre este particular con las discusiones en la aprobación de la Constitución de 1991: Asamblea Nacional Constituyente, Informe de ponencia para primer debate sobre derechos colectivos, ponentes Iván Marulanda *et ál.*, en *Gaceta Constitucional*, núm. 46, Bogotá, lunes 15 de abril de 1991, p. 21 y ss.

14 El Consejo de Estado refiere a las siguientes jurisprudencias de la Corte Constitucional: Corte Constitucional, sentencias T-008 de 1992, T-528 de 1992, T-427 de 1992, T-437 de 1992, T-067 de 1993, T-163 de 1993, T-225 de 1993, T-231 de 1993 y T-254 de 1993.

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

'(...) En tales condiciones se tiene que la acción popular no resulta improcedente por la existencia de otros medios judiciales de defensa, por no tener –como sucede con la acción de tutela (art. 86 inc. 3º) o la acción de cumplimiento (art. 9º de la Ley 393 de 1997)- un carácter subsidiario¹⁵; *a contrario sensu*, tiene un trámite preferencial frente a las acciones ordinarias (art. 6º Ley 472 de 1998) y su titularidad o legitimación por activa la tiene toda persona (arts. 12 y 13 de la Ley 472 y art. 1005 del CC) justamente por la índole de los derechos involucrados¹⁶, como se vio anteriormente¹⁷.

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

"Conforme a lo anterior, aunque por su carácter principal puede concurrir -como lo ha señalado la Sala- con la existencia de otros medios de defensa judicial¹⁸,

- 15 El Consejo de Estado refiere a la siguiente jurisprudencia de la Corte Constitucional, sentencia T-001 de 1992.
- 16 Referencia jurisprudencial dada por el Consejo de Estado para explicar el carácter de principal y autónoma de la acción popular: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 6 de diciembre de 2001, exp. AP 221, C.P.: ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.
- 17 Referencia jurisprudencial dada por el Consejo de Estado para explicar el carácter de principal y autónoma de la acción popular: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de octubre de 2005, actor: Procuraduría General de la Nación, demandado: Amadeo Tamayo Morón, rad.: 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01, C.P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. En el mismo sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2005, radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01, actor: Exenober Hernández Romero, referencia: AP-00254 Acción Popular, C.P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ.
- 18 Referencia jurisprudencial dada por el Consejo de Estado para explicar el carácter de principal y autónoma de la acción popular: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2005, radicación 25000-23-25-000-2003-00254-01, actor: Exenober Hernández Romero, referencia: AP-00254 Acción Popular, C.P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ. En el mismo sentido, Sección Primera, auto de mayo 24 de 2001, exp. AP 076, C.P.: OLGA INÉS NAVARRETE; Sección Tercera, sentencia de 9 de septiembre de 2004, rad.: 25000-23-27-000-2003-00571-01, AP-571, actor Mario Efrén Sarmiento Riveros y otros contra la Superintendencia de Economía

su procedencia está subordinada a que mediante su interposición se pretenda la tutela de un interés o derecho colectivo¹⁹.

Con esta perspectiva, la jurisprudencia tiene establecida la procedencia de la acción popular cuando la conducta vulnerante del derecho o interés colectivo sea un contrato estatal, toda vez que -como ya se indicó- se trata de un instrumento principal y autónomo que sin duda se constituye en instituto idóneo para la protección de los derechos e intereses colectivos, con independencia de la naturaleza de la conducta vulnerante. En efecto, el inciso 2º del artículo 40 de la Ley 472 de 1998 -al regular el incentivo económico en acciones populares sobre moralidad administrativa- dispuso:

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

Para el Consejo de Estado, en consonancia con el artículo 9º, al ocuparse de la procedencia de las acciones populares, establece que éstas proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos, supuesto normativo que evidentemente cubre a la actividad contractual del Estado como una modalidad de gestión pública que ha de guiarse entre otros por los principios de moralidad, eficacia, economía, imparcialidad y publicidad²⁰, en tanto aquella se constituye en un instrumento básico para el cumplimiento de los fines del Estado.

Reitera esta vez la corporación que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que los negocios jurídicos en que sea parte el Estado son manifestación nítida de la función administrativa:

... por descontado se tiene que todo contrato estatal como expresión de la función administrativa (art. 209 C.N.)²¹, tanto en su celebración como en su ejecución busca el cumplimiento de los fines estatales, por manera que los contratistas colaboran en el logro de los mismos y, en consecuencia, cumplen una función social

Solidaria; Sección Tercera, sentencia de 17 de junio de 2001, exp. AP-166, C.P.: ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

- 19 Referencia jurisprudencial dada por el Consejo de Estado para explicar el carácter de principal y autónoma de la acción popular: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de febrero de 2007, rad.: AP-19001-23-31-000-2004-01678-01, actor: Sixto Orobio Montaña y Otros, demandado: Registraduría Nacional del Estado Civil – Regional Guapi y otros, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.
- 20 El Consejo de Estado refiere a la siguiente jurisprudencia de la Corte Constitucional: Corte Constitucional, sentencia C-449 de 1992.
- 21 Art. 209 C.P.: inciso segundo: "Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado...".

que implica obligaciones (art. 3º Ley 80 de 1993), o lo que es igual, las partes convergen en la satisfacción de un interés público y ello es así –como afirma VEDEL- porque el objetivo perseguido por la Administración '*debe ser siempre un objetivo de interés público*', por ser éste el fin de la actividad del Estado (...)²².

Concluye así el Tribunal que por manera que la contratación estatal en tanto compromete intereses colectivos de diversa índole (moralidad, patrimonio público, entre otros) es posible de ser estudiada en sede popular y agrega sobre este particular, que la jurisprudencia y la doctrina revelan posiciones antagónicas en torno a la competencia anulatoria del juez popular respecto del contrato estatal en defensa de los derechos e intereses colectivos.

LA COADYUVANCIA POR PASIVA EN LA ACCIÓN POPULAR DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA

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

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

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

Sin embargo, agrega la corporación, una segunda lectura del precepto en armonía con la naturaleza, objeto y alcance de esta acción constitucional pre-

22 Referencia jurisprudencial dada por el Consejo de Estado para explicar el carácter de principal y autónoma de la acción popular: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 16 de marzo de 2005, radicación 25000-23-26-000-20020121601 (27.921), actor: Eptisa Proyectos Internacionales S.A. y Otros, demandado: Instituto Nacional de Vías - INVIAS, referencia: Contractual recurso ordinario de reposición, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. En el mismo sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de noviembre 25 de 2004, radicación: 110010326000200300055-01, expediente: 25560, ref. Recurso de anulación de laudo arbitral, actor: Sociedad Centrimed Ltda., demandado: Hospital Militar Central.

vistos en otras disposiciones permite concluir que la Ley 472 en su conjunto lleva a una conclusión diversa: el ordenamiento jurídico no sólo autoriza la coadyuvancia en lo pasivo, sino que la prohíja.

Agrega el Consejo de Estado que este instituto procesal hoy está concebido como una *acción abierta a todos* en interés del orden jurídico, toda vez que el interés jurídico por ella tutelado no es individual, sino compartido por un número plural de personas. De ahí la denominación particular de este tipo de derechos, en tanto que con ellos se busca la satisfacción de necesidades comunes o de defensa de la comunidad. Así se desprende de lo prescrito en forma categórica por el artículo 1° de la Ley 472 que determina que estas acciones están orientadas a garantizar la defensa y protección de intereses colectivos. Es por ello que es necesario precisar que estos medios procesales para la protección de derechos colectivos, como las define el artículo 2° de la Ley 472, son un instrumento tutelar del interés público y constituyen un fiel desarrollo del principio-deber de solidaridad (art. 1° y 95.2 CN) y por ello proceden, como señala el artículo 9° de la citada ley, contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e interese colectivos.

Se concluye por el Tribunal que el objetivo fundamental de estas acciones constitucionales es garantizar uno de los fines esenciales del Estado: la efectividad de los derechos colectivos consagrados en la Constitución (arts. 1, 78, 79, 82 y 88 CN), por lo que en muchos eventos revisten un carácter restitutorio, en orden a volver las cosas al estado anterior a la alegada violación. Es por ello que se indica que la tutela efectiva de los derechos colectivos no sólo autoriza, sino impone y exige en estas acciones públicas, la participación de la comunidad, quien por lo mismo debe ser informada a través de un medio masivo de comunicación o de cualquier medio eficaz, a efectos de garantizar su eventual intervención en cualquier sentido en esta acción pública (art. 21 de la Ley 472). Y en esa dimensión singular de los derechos colectivos evidencia la importancia de la apertura del proceso a todo aquel que desee intervenir, sin que ello exija forzosamente, como *prima facie* podría deducirse del citado artículo 24 de la Ley 472, que sea sólo para coadyuvar la demanda popular. Si los derechos rebasan la esfera individual y si la solidaridad es el principio inmanente a estos procesos, la ley debe fomentar cualquier tipo de intervención en los mismos, ya sea para coadyuvar o para impugnar lo expresado en la demanda.

En otros términos, para el Consejo de Estado, pertenecer estos intereses a una pluralidad de sujetos se precisa en el proceso de conocer las distintas perspectivas sobre su posible afectación, visión universal que ayudará al juez a adoptar una decisión que realmente proteja los intereses jurídicos del colectivo, en el marco de un verdadero *derecho solidario*.

LA CONGRUENCIA DEL FALLO EN LA ACCIÓN POPULAR DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA

Derivado que el accionante cuando solicitó la apelación del fallo en segunda instancia agregó nuevos hechos a la demanda, el Consejo de Estado consideró que era necesario aclarar si a pesar de la libertad de acción que se tiene para expedir estos fallos, si es posible que se puedan introducir variaciones a la demanda con posterioridad. El Tribunal señaló que en jurisprudencias anteriores se ha determinado que el juez popular también debe respetar el principio de consonancia o congruencia que debe informar todo fallo judicial, en tanto la imparcialidad del juzgamiento exige identidad entre lo decidido, el *petitum* (las pretensiones) y la *causa petendi* (los hechos que le sirven de fundamento), aunque -también lo ha resaltado- en sede popular no reviste el carácter absoluto que por regla general tiene, en razón de la naturaleza de la acción y al particular carácter de los derechos objeto de amparo.

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

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

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

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

Una y otra limitantes a los amplios poderes del juez popular, se erigen en una garantía del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 CN). Con esta perspectiva, los ordinales a), b) y c) del artículo 18 de la Ley 472 señalan que para promover una acción popular debe indicarse el derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado, los hechos que motivan la petición y la enunciación de

las pretensiones, respectivamente. En la misma línea garantista, el inciso segundo del artículo 5º de la Ley 472 dispone que el juez popular velará por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes, preceptiva que reproduce, en sede popular, el mandato general contenido en el artículo 9º de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia²³ (se subraya).

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

Principio de congruencia que si bien no reviste en sede popular los visos rígidos y absolutos que lo distinguen en las acciones subjetivas, en todo caso la decisión final debe referirse al curso que vayan tomando los hechos y no se contrae exclusivamente a los indicados en el escrito de demanda, siempre y cuando –ha precisado la Sala– *“la conducta que se sigue desplegando sea aquella acusada como trasgresora por el actor popular desde la demanda”*²⁴.

Se agrega, por parte del Tribunal, que no debe perderse de vista que el literal b) del artículo 18 de la Ley 472 dentro de los requisitos de la demanda exige la indicación de los hechos, actos, acciones u omisiones que motivan su petición, en orden a garantizar el derecho de defensa del accionado. Y es por ello que se trae a colación jurisprudencia anterior para respaldar el argumento:

(...) cuando durante el transcurso del proceso el trasgresor continúa con la realización de las conductas que desde un comienzo el actor indicó como vulnerantes del derecho colectivo cuya protección ha demandado, la sentencia debe pronunciarse no sólo en relación con los hechos de la demanda y los argumentos de la defensa, sino que además deberá referirse al curso que vayan tomando los hechos, a efectos de que la decisión tenga la virtualidad de abarcar con efectividad la protección de los derechos colectivos que encuentre vulnerados, *con la condición de que la conducta que se continúa sea aquella acusada como trasgresora desde la demanda, en aras de garantizar el debido proceso en una de sus manifestaciones más importantes, el derecho de*

- 23 Referencia jurisprudencial dada por el Consejo de Estado para explicar el carácter de principal y autónoma de la acción popular: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de agosto de 2007, rad.: AP-88001-23-31-000-2005-00004-01, actor: Leandro Pájaro Balseiro, demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO, SV Mauricio Fajardo Gómez.
- 24 Referencia jurisprudencial dada por el Consejo de Estado para explicar el carácter de principal y autónoma de la acción popular: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de abril de 2007, radicación AP-4400123310002004000640 01, actor: Alex Adolfo Pimienta Solano, demandado: Municipio de Albania y otros, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

*defensa, es decir, no puede el juez juzgar hechos cuya existencia no le ha sido puesta de presente en las oportunidades de que disponen las partes dentro del proceso*²⁵.

LA DECLARACIÓN DE PARTE ACTIVA EN LA ACCIÓN POPULAR DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA

Derivado que la parte demandada alegó que al no presentarse el demandante a comparecer al interrogatorio de parte ordenado por el juez popular, se debía apreciar la prueba como un indicio grave en su contra en los términos del artículo 120 del Código de Procedimiento Civil. Como la sentencia terminó revocando el fallo de primera instancia accediendo a parte de las pretensiones de la demanda, se convierte en un hecho doctrinal importante las consideraciones del Consejo de Estado respecto de esta prueba que no fue practicada y, sin embargo, no produjo los efectos pretendidos por el demandado.

Para el Consejo de Estado el artículo 29 de la Ley 472 de 1998 dispone que para las acciones populares son procedentes los medios de prueba establecidos en el Código de Procedimiento Civil; sin embargo, el interrogatorio de parte que es un instrumento que sirve para provocar la confesión de la otra parte²⁶ "no es admisible cuando está dirigido a la parte actora, en tanto se opone a la naturaleza, fines y características de este instituto constitucional".

Nos aclara la corporación que, tal y como lo establece la legislación procesal civil, esta forma de declaración es procedente en sede popular toda vez que participaría del mismo propósito de la regulación procesal civil (arts. 194 a 210): Interrogar a la contraparte actora para cuestionarla sobre los hechos debatidos en el proceso y de esta suerte lograr que confiese hechos que benefician a la parte contraria (en este caso a la accionada)²⁷; sin embargo, si la finalidad del interrogatorio de parte es obtener la confesión de la parte con-

25 Referencia jurisprudencial dada por el Consejo de Estado para explicar el carácter de principal y autónoma de la acción popular: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de marzo de 2006, radicación AP-130012331000200300239-01, actora: Luz Yolanda Morales Peña, demandado: Lotería de Bolívar, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

26 Jurisprudencia indicada por el Consejo de Estado. Como lo ha reconocido nuestra jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 14 de febrero de 1991, M.P.: RAFAEL ROMERO SIERRA.

27 Para que una declaración de parte constituya confesión, se precisa que cumpla los siguientes requisitos:

"(i) Que quien la rinda esté reconocido como parte en el proceso, bien sea como demandante, demandado, sucesor procesal, interviniente *ad excludendum* o litisconsorcial, pero debe tenerse presente que los sustitutos procesales, los litisconsortes y coadyuvantes pueden confesar en sus propios nombres, pero no en nombre del sustituido ni del coadyuvado ni de los otros litisconsortes, en relación con los cuales la confesión de aquél tendrá el valor de testimonio de tercero. En el caso del litisconsorte necesario, la confesión no puede

traria, este fin no resulta compatible con las acciones populares respecto de la parte actora, en tanto el accionante no está facultado para confesar a nombre de toda la comunidad, hechos favorables a la parte contraria o perjudiciales al confesante, pues esta eventual confesión afectaría a los demás titulares del derecho o interés colectivo en juego. En otras palabras, este tipo de "confesión" no reuniría ninguno de los dos requisitos de eficacia previstos por el CPC:

De una parte, el actor popular no tiene la *disponibilidad objetiva o poder dispositivo del derecho o interés colectivo* en juego, conforme lo establece el artículo 195.1 del CPC, toda vez que este tipo de derechos no son susceptibles de disposición por parte de una persona. Los derechos colectivos son indisponibles e irrenunciables ya que su nacimiento o extinción no penden de la voluntad de un solo individuo, al estar radicados en toda la comunidad y por lo mismo están íntimamente relacionados con el interés colectivo;

De otro lado, tampoco puede afirmarse que le asista al demandante popular *legitimación para el acto*, vale decir, que ostente autorización legal o convencional para que el demandante en acciones populares la haga a nombre de toda la comunidad (arts. 195.1, 197, 198 del CPC).

Para el Consejo de Estado, la parte activa en las acciones populares no está radicada exclusivamente en la persona o personas que finalmente propusieron la

producir efectos de plena prueba contra el confesante, debido a que la sentencia debe ser igual para todos y la confesión no puede vincular a los demás [DEVIS ECHANDÍA].

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

"(iii) La confesión debe ser rendida personalmente, a menos que exista autorización legal o convencional para hacerla a nombre de otro, como en el caso de los representantes legales o convencionales, mientras ejerzan el cargo y siempre que la confesión verse sobre hechos o actos relacionados con el ejercicio de sus funciones. Se exceptúa a los representantes legales de algunas entidades públicas, porque su confesión no vale. En el caso de los apoderados judiciales, su confesión vale siempre que estén autorizados para ello por ley y en el poder tengan autorización para el efecto, la cual se presume para la demanda, las excepciones y la contestación.

"Por lo tanto, si la declaración del representante legal versa sobre hechos ajenos al desempeño de sus funciones o las del apoderado judicial sobre hechos ajenos al proceso no constituye confesión, aun cuando manifieste obrar a nombre de su representado o poderdante, pero, además, se requiere que aquéllos tengan facultades para imponer a éstos la obligación o para disponer del derecho que del hecho confesado se deduzca". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 25 de octubre de 2006, radicación AG-250002327000200400502-02, actor: Ana Rocío Murcia Gómez y otros, demandado: Alcaldía de Soacha, referencia: Acción de grupo (apelación auto que negó pruebas), C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

demanda, sino que está radicada en toda la comunidad, quien puede coadyuvar o impugnar su escrito. Se insiste en que estas acciones excluyen motivaciones subjetivas o particulares²⁸, en tanto no se pretende la solución de controversia alguna, sino la efectividad de los derechos e intereses colectivos en juego²⁹. Para decirlo de otra manera, si el interés jurídico protegido no es individual sino colectivo (arts. 1, 2, 9 y 12 de la Ley 472) y si la sentencia tiene efectos de *cosa juzgada* respecto del público en general -*erga omnes*- (art. 35 de la Ley 472), mal podría permitirse que un accionante pudiera confesar hechos que afectarían a todo un colectivo, ya que ello entrañaría -nada menos- que el actor popular (por el solo hecho de serlo) podría disponer de un derecho cuyo titular es la comunidad entera.

Concluye el Consejo de Estado que es tan evidente que el accionante no es el titular exclusivo o único de lo que demanda, que el artículo 21 de la Ley 472 ordena informar a la comunidad por un medio masivo del auto admisorio de la demanda, con el objeto de que ella pueda vincularse al proceso bien para coadyuvar el escrito o ya para impugnarlo. Con esta perspectiva, se tiene que el actor popular no puede aceptar en nombre de toda la comunidad los hechos que le sean a ésta desfavorables, porque ello no sólo desnaturalizaría la acción, sino también porque la comunidad a su vez no le ha otorgado potestad en este sentido, ni podría decirse que el actor popular la adquiere por ministerio de la ley, por el solo hecho de presentar el escrito de demanda. Por ello, no puede reconocerse efecto jurídico a manifestaciones que podría hacer un demandante popular en una diligencia de interrogatorio de parte, en tanto ellas originarían perjuicios a la colectividad que representa, la cual paradójicamente resultaría afectada con el proceder de alguien que dice ser su vocero.

Por lo tanto para el Tribunal, si la naturaleza y estructura del proceso popular no permite llamar a interrogatorio de parte al actor en tanto "representante" de la comunidad, menos aún sería posible extraer, como pretende uno de los accionados en este proceso, el *efecto de estirpe sancionatorio* -como lo denomina la jurisprudencia³⁰- derivado del incumplimiento de la carga procesal de comparecer a la audiencia; esto es, hacer presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles, contenidas en el interrogatorio escrito, conforme lo prescrito por el inciso 1° del artículo 210 del CPC (modificado por el artículo 22 de la Ley 794 de 2003).

28 El Consejo de Estado refiere esta jurisprudencia. Corte Constitucional, sentencias C-459 de 2004 y C-512 de 2004.

29 El Consejo de Estado refiere esta jurisprudencia. Corte Constitucional, sentencia C-377 de 2002.

30 Jurisprudencia referenciada por el Consejo de Estado. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 28 de noviembre de 2000, exp. 5768, M.P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO.

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

LOS BIENES FISCALES SON SUSCEPTIBLES DE SER PROTEGIDOS A TRAVÉS DE LA ACCIÓN POPULAR

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

Frente al primero de los derechos colectivos, como ya ha tenido oportunidad de señalarlo en jurisprudencia³¹ la Corporación ha dicho que con anterioridad a la Ley 472, el Código Civil en su artículo 1055 preveía la denominada *acción posesoria especial* -en términos de don FERNANDO VÉLEZ³²- y fue ulteriormente regulado también por la Ley 9ª de 1989 como garantía de los derechos colectivos al espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público:

De cuanto antecede se concluye, sin mayor dificultad, que la Constitución ha querido dar una protección especialísima al derecho colectivo al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, connotación espe-

31 Jurisprudencia referenciada por el Consejo de Estado. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de abril de 2007, radicación AP-05001-23-31-000-2004-03831-01, actor: Edwin Alberto Bermúdez Barbarán, demandado: Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá-ETMVA y otros, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

32 Texto citado por el Consejo de Estado. A juicio de este connotado civilista: "Pero como esta clase de bienes [los de uso público] está más expuesta que la otra [bienes fiscales o patrimoniales] a usurpaciones o mal uso, la ley, no obstante que tiene confiada su custodia a la autoridad pública, otorga respecto de ellos acción popular para que cualquier vecino del respectivo municipio o localidad, pueda establecer acción posesoria especial con el fin de que en dichos bienes haya la seguridad necesaria para su uso. Así es que fuera de los funcionarios competentes que tienen el deber de impedir que se construyan obras que embaracen el uso de las calles, caminos, puentes, plazas y demás lugares públicos o que en éstos haya alguna obra, como un edificio, que amenace ruina, cualquiera puede establecer la acción posesoria respectiva para cesar el mal que se tema. Esto se funda principalmente en que todos los individuos pueden causar daños a las obras que se tratan. Así se aplica el inciso 1º del artículo 1005 que es conforme en el fondo con la regla general del artículo 2359": VÉLEZ, FERNANDO, *Estudios sobre el derecho civil colombiano*, París, América.

cial que aparece en primer lugar al refrendar el principio fundamental consagrado en su artículo 1º referente al carácter prevalente del interés general, prevalencia ratificada por el legislador³³:

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

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

"A estos efectos la Constitución instituyó las acciones populares como instituto para la defensa de esa modalidad de derecho colectivo³⁴, **aspecto sobre el cual ya se había ocupado el Código Civil³⁵ y la Ley 9ª de 1989³⁶ antes de la expedición de la Carta de 1991³⁷** (subrayas originales, negrilla ajena al texto).

Nos advierte el Consejo de Estado que en la misma línea el Tribunal también había razonado que:

"Las regulaciones civil y constitucional son armónicas en prever un régimen singular para los bienes de uso público, en razón de su titularidad colectiva, pues

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

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

35 Artículo 1005 CC. SEGÚN SARMIENTO PALACIO esta acción popular del Código Civil permite vindicar el buen estado, acceso y disfrute del bien de uso común (SARMIENTO PALACIO, GERMÁN. *Las acciones públicas en el derecho privado colombiano*, Banco de la República, Bogotá, 1988, p. 58).

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

37 Sentencia referida por el Consejo de Estado. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de octubre de 2005, rad.: AP-13001-23-31-000-2002-00135-01, actor: Personería Distrital de Cartagena de Indias, demandado: Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

lo que los distingue fundamentalmente es que pertenecen a todos los habitantes del territorio nacional y, por ende, deben estar a su permanente disposición. De modo que la especialidad de este régimen jurídico deriva de su afectación a una utilidad pública al estar vinculados a un fin de interés público³⁸.

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

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

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

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

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

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

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

'Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal, como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios

38 Texto citado por el Consejo de Estado, cfr. PAREJO ALFONSO, LUCIANO *et ál.* *Manual de Derecho Administrativo*, vol. 2, Ariel Derecho, Barcelona, 5ª edición, 1998, p. 39.

públicos básicos para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, naturales, religiosos, recreativos y artísticos como para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen por consiguiente zonas para el uso o el disfrute colectivo' (subrayas fuera de texto).

"Nótese que tanto en el nivel constitucional como en el legal, el elemento distintivo del espacio público, como bien de uso público, es su destinación colectiva, o lo que es igual, al uso por todos los miembros de la comunidad"³⁹ (subrayado original, negrilla fuera de texto).

Advierte el Consejo de Estado que en cuanto al derecho colectivo al patrimonio público, este concepto no se agota en la enumeración de los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables ni en los que integran el territorio colombiano (arts. 63 y 101 CP), sino que "por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes (...) que [le] sirven [al Estado] para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales"⁴⁰.

Además, ha señalado el Tribunal Sala que aunque "pueda imaginarse un daño a la moralidad administrativa aislado de sus consecuencias..., en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, el de la libre competencia económica, el de la seguridad pública, o el de la prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros"⁴¹.

39 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de octubre de 2005, exp. AP-08001-23-31-000-2002-02214-01, actor: Jairo Torres Moreno y Otros, demandado: Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

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

41 Sentencia, Sección Tercera, de 17 de junio de 2001, exp.: AP-166. Aunque el derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa no se encuentra definido en la Ley 472 de 1998, en los antecedentes de la ley al precisar como derecho colectivo "la moralidad administrativa y la prevención de cualquier práctica corrupta por parte de los servidores públicos", se dio la siguiente definición: "Se entenderá por moralidad administrativa el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea

En un caso reciente el Consejo de Estado en sentencia del 18 de marzo de 2010, actuando como Consejero Ponente MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, expediente 14.390, se pronunció sobre la nulidad y restablecimiento del derecho de un acto administrativo que terminó de manera anticipada un contrato por el cual un Instituto del Distrito Capital otorgó en arrendamiento el Coliseo El Campín, entidad que hizo uso de la atribución del artículo 45 de la Ley 80 de 1993. De no haberse procedido así, con la calificación de desvío de poder reconocida en la sentencia, se hubiera podido optar por la protección al patrimonio público.

LA ACCIÓN POPULAR DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS ESTATALES

SENTENCIA AP-166 DE 17 DE JUNIO DE 2001

Mediante sentencia de 17 de junio de 2001, actuando como Consejero Ponente ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, expediente AP-166, el Consejo de Estado resuelve respecto de la demanda que interpuso un ciudadano contra el Municipio de San Juan de Pasto para la protección del derecho de moralidad administrativa como consecuencia del proyecto y construcción del Nuevo Estadio Pastusidad Tercer Milenio.

De acuerdo con los hechos, el Municipio de Pasto adquirió del Instituto Colombiano Agropecuario ICA, un lote de terreno ubicado en el corregimiento de Obonuco y luego mediante una convocatoria pública se asoció con el consorcio Promotor Peldaños y Construcciones, para formar la Asociación Nuevo Estadio Pastusidad Tercer Milenio - ASMEPAS, cuyo objeto, era construir un estadio de fútbol de carácter privado. En la asociación el Municipio de Pasto se comprometió a efectuar aportes, tanto en dinero como en especie, que ascienden a la suma de \$7.000.000.000.

Hay que agregar que COLDEPORTES manifestó su desacuerdo con la ejecución de dicho proyecto, pues consideró que el Consorcio asociado carece de experiencia y de solvencia para adelantar un proyecto de estas dimensiones, pues sólo tenía 15 millones de pesos de capital suscrito, de los cuales sólo se habían pagado 10; además, que no acreditaba ninguna obra en ejecución ni

manejado de acuerdo con la legislación vigente, con la diligencia y cuidados propios de un buen funcionario" (cfr. *Gaceta del Congreso*, núm. 277 de septiembre 5 de 1995, p. 1). Sobre este aspecto, en la sentencia de la Sección Cuarta de 20 de abril de 2000, exp.: AP-52, se dijo que "la moralidad administrativa persigue, entre otros objetivos, el manejo adecuado del erario público y en general que los funcionarios públicos asuman un comportamiento ético frente al mismo, pues los servidores públicos pueden incurrir en conductas que la generalidad tacharía de inmorales, o en otras que podrían ser sancionadas disciplinaria o penalmente".

experiencia en este campo por parte de sus consorciados. Y por su parte FIN-DETER, consideró como "no favorable el otorgamiento del crédito solicitado por el Municipio de Pasto" para adelantar el proyecto en mención, teniendo en cuenta que el lote donde se tenía previsto construir, se encuentra ubicado fuera del perímetro urbano y no cuenta con servicios públicos, que no se encuentra diseñado un plan de manejo ambiental y que los recursos de financiación no estaban asegurados.

En la demanda de acuerdo con los hechos señalados, se pretende que se ordene al Alcalde la inmediata suspensión de las obras civiles del Estadio de Fútbol Pastusidad Tercer Milenio y de la Unidad Deportiva, al igual que toda la contratación celebrada para la ejecución del proyecto. También se solicita que se ordene a la Alcaldía que se destine el lote de terreno y las obras civiles que hasta el momento se han adelantado para el proyecto de construcción del Estadio de Fútbol Pastusidad Tercer Milenio, a un proyecto de interés social.

Adicionalmente se presentó una coadyuvancia donde los ciudadanos además sostienen que Ingeominar y el Observatorio Vulcanológico de Occidente han ratificado que en el sector donde se está adelantando el proyecto de construcción del estadio, "no puede permitirse asentamiento humano alguno, por tratarse de un sector de amenaza baja, para el caso del Volcán Galeras y amenaza media, para eventos sísmicos de origen tectónico". Además, agregaron que el mencionado proyecto no cuenta con licencia de construcción ni permiso de la Curaduría Urbana para adelantar movimiento de tierras.

En primer lugar, el Consejo de Estado se pronuncia sobre la moralidad administrativa apoyándose en jurisprudencia anterior⁴², y allí se reconoce que la misma se trata de un principio constitucional que debía ser aplicado como consecuencia del alcance cualitativo del Estado Social de derecho, que impone otra manera de interpretar el derecho disminuyendo la importancia sacramental del texto legal⁴³, pues el "Estado de Derecho es... bastante más que un mecanismo formal resuelto en una simple legalidad; es una inequívoca proclamación de valores supralegales y de su valor vinculante directo"⁴⁴.

Pese a la dificultad, la Sala⁴⁵ apoyándose en otra jurisprudencia propuso una solución para privilegiar la eficacia de los principios constitucionales, sin lesionar la seguridad jurídica. Se dijo que los principios necesitan concreción, por su textura abierta, y se admitió la metodología de la concreción a través de ejemplos⁴⁶, de manera que, cuando se produce, tiene la capacidad

42 Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia proferida el 16 de febrero de 2001, exp.: AP-170.

43 Ver, entre otras, Corte Constitucional T-406 de 1992.

44 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1986, p.170.

45 Sentencia de 16 de febrero de 2001, exp.: AP-170.

46 LARENZ, KARL, *op. cit.*, p. 53.

de obrar, respecto del principio, como elemento que lo hace reaccionar con un alcance determinado.

Adicionalmente, se anotó que la regla que cataloga la moralidad administrativa como derecho colectivo, esto es, el art. 4° de la Ley 472 de 1998, es asimilable a lo que en derecho penal se ha denominado *norma en blanco*, pues contiene elementos cuya definición se encuentra, o se debería encontrar, en otras disposiciones, de manera que para aplicar la norma en blanco, el juez debe sujetarse a lo que prescribe la norma remitida respecto del concepto no definido en aquella. En efecto, se dijo, el artículo 4° de esa ley prescribe que los derechos enunciados "estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley", y el artículo 7° refuerza esa idea, disponiendo que los derechos "protegidos por las acciones populares y de grupo... se observarán y aplicarán de acuerdo a como están definidos y regulados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales que vinculen a Colombia".

Sin embargo, se concluyó, las regulaciones a que se refieren las normas citadas, en materia de moralidad administrativa, por las razones expuestas, seguramente no consistirán en una definición conceptual, sino en un desarrollo específico y concreto de algún aspecto del principio.

Ya en lo que tiene que ver con el material probatorio que se presenta con la demanda, el Consejo de Estado ha sostenido en anteriores ocasiones⁴⁷ que los actores soportan la carga de la prueba de los hechos u omisiones en que consista la vulneración al derecho colectivo, de modo que para la prosperidad de la acción popular, es necesario que "tal acción u omisión sea probada por el actor, o que del expediente sea posible deducir de qué acción u omisión se trata, pues de lo contrario, el juez de la acción popular no podrá impartir mandamiento alguno en la sentencia".

Por otra parte, en lo que tiene que ver la irregularidad en que si es una ilegalidad, también el Consejo de Estado se ha pronunciado con anterioridad y la sentencia AP-170 de 16 de febrero de 2001, señaló que no toda ilegalidad configura una inmoralidad administrativa.

Respecto de la naturaleza de la acción popular, el Consejo de Estado reitera que la acción popular no es subsidiaria, que no se trata de una acción sancionatoria, y que no se identifica con ninguna acción de responsabilidad, pues si así fuera, el argumento de la existencia de tales acciones resultaría suficiente para desplazar la acción popular, que, por este camino, quedaría vacía de contenido real. Por eso, la acción popular no se ve afectada por la existencia de otras acciones, como tampoco su procedencia impide que ellas se inicien para que las autoridades de control deduzcan las responsabilidades

47 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 12 de octubre de 2000, exp.: AP-082.

del caso. Se trata, pues, de mecanismos judiciales independientes con propósitos, también, distintos.

Finalmente, para el Consejo de Estado de acuerdo con el artículo 18 de la Ley 472 de 1998, para promover una acción popular se debe presentar una demanda que cumpla, entre otros, con el requisito de indicar el derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado; sin embargo, ello no significa que el juez deba negar la protección de un derecho colectivo, sin más, por el sólo hecho de que no fue señalado expresamente en la demanda. El juez no puede modificar el *petitum* de la demanda y los hechos que le sirvan de fundamento, pero, si de tales hechos se deriva que hay un derecho colectivo comprometido, diferente del que se señaló expresamente, el juez, en cumplimiento de su deber de administrar justicia y procurar la vigencia de los derechos consagrados en la Constitución, deberá aplicar la ley a como corresponda a lo alegado en la demanda y probado en el proceso, protegiendo el derecho colectivo que encuentre amenazado o vulnerado.

Con respecto a la aplicación de principios para resolver casos concretos, el Tribunal nos recuerda que ya ha habido pronunciamiento de la Corporación, es así como en la sentencia AP 170 de 16 de febrero de 2001, el Consejo de Estado admitió la posibilidad de aplicar los principios sin necesidad de una subsunción silogística, pues ellos operan por reacción, en cada caso concreto regulado normativamente, normas que, a su vez, desarrollan una determinada institución jurídica. Pero para aplicar los principios es imprescindible determinar, para el caso concreto, cuál es la institución jurídica comprometida.

Advierte el Consejo de Estado que es necesario a la hora de aplicar directamente los principios constitucionales utilizar el criterio de ponderación por cuanto los principios deben coexistir, relacionándose íntimamente entre sí, de manera que ninguno de ellos tiene carácter absoluto pues, de ser así, se excluirían unos a otros⁴⁸, y terminaría negándose la existencia de la Institución jurídica que informan. En otras palabras, dado que los principios preceden y determinan otras entidades derivadas, llamadas instituciones jurídicas, dado que en una misma institución hay, siempre, dos o más principios en juego, dado que la vigencia absoluta de todos ellos en el marco de una determinada institución terminaría por generar su propia negación y la de ésta, entonces su aplicación directa demanda de un proceso por medio del cual se determine, de acuerdo con la norma específica que contenga los principios, a cuál de ellos debe dársele prioridad sobre los otros.

Así define el Consejo de Estado el proceso de ponderación:

Se ha dicho que agotar el proceso de ponderación, para los casos en que la administración debe obedecer y realizar normas finalísticas, es obligatorio. Esta es

48 En ese sentido, ver Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia AP-170 de 16 de febrero de 2001.

una afirmación de altísima relevancia, pues teniendo en cuenta que la voluntad de la administración ha sido teleológicamente dirigida por el legislador, para cumplir las órdenes que él imparte a manera de metas específicas, la administración debe identificar los derechos y principios comprometidos, reconocer otros que puedan resultar en juego; y, finalmente, darle prevalencia a unos de ellos de una manera tal que el sacrificio de los otros encuentre justificación en la importancia de la realización de los primeros.

Así, cuando sea posible adoptar varias decisiones igualmente justas, fruto del proceso de ponderación, la administración adoptará la que considere más conveniente, y en los casos en que sólo sea procedente una decisión legal y ponderada, deberá atenerse a ella.

De acuerdo con lo dicho, si "el órgano judicial llega a la conclusión de que la decisión adoptada por el ejecutivo no es ponderada"⁴⁹ podrá, o tal vez deberá, privarla de validez; y si en el proceso judicial se concluye que "sólo hay una decisión conforme con las exigencias de la ponderación... el juez puede imponer esa única solución"; en cambio, "si existieran varias posibles soluciones con la exigencia de la ponderación, no debe poder el juez sustituir con su decisión a favor de una de ellas la decisión del órgano del ejecutivo"⁵⁰.

De lo dicho se deriva que el control judicial fundado en la exigencia de aplicación del método de la ponderación es un control de legalidad, y no de oportunidad, fundado en los fines impuestos por la ley a la administración. Por eso, la adopción de este método no significa que la jurisdicción se arrogue competencias administrativas.

Cuando se admite la posibilidad de que la administración tome una de varias decisiones ponderadas, se está hablando del ejercicio de competencias discrecionales. Nótese que tratándose de este tipo de competencias, el control judicial al que se ha hecho referencia, coincide con el impuesto por el artículo 36 del C.C.A., pues de su texto se desprende que el juez ejercerá un control de legalidad sobre las decisiones que resulten del ejercicio de una competencia de las mencionadas. Si se trata de los casos en que la norma permite sólo una solución ponderada, también se tratará de un control de legalidad, éste mucho más sencillo y riguroso que el anterior.

Por este método se torna más eficiente el control sobre decisiones discrecionales de la administración, si en ellas se comprometen derechos colectivos. A su vez, el juez deberá fundarse en criterios objetivos para poder evaluar si una decisión fue acertada y obedeció a los fines ordenados por la norma en que se sustentó. La objetividad de tales criterios está garantizada porque son de contenido legal.

49 RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JOSÉ MARÍA, *op. cit.*, pp. 103-104.

50 RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JOSÉ MARÍA, *op. cit.*, pp. 103-104.

En todo caso, el control judicial debe abarcar, además del estudio del procedimiento administrativo de ponderación, una calificación de la decisión administrativa, teniendo en cuenta que cuanto mayor sea el grado de perjuicio del principio que ha de retroceder, mayor ha de ser la importancia del cumplimiento del principio que prevalece. De acuerdo con eso, el juez deberá "rechazar las decisiones planificadoras administrativas que no superen un examen de *mínima racionalidad* (calificación de un terreno con destino a guardería infantil en la misma manzana en que se hace viable una industria molesta, nociva y peligrosa...)"⁵¹, pues ellas suponen una violación flagrante al principio *de interdicción de la arbitrariedad* de los poderes públicos, consagrado en los artículos 1º, 6º y 209 de nuestra Constitución Política, dado que denotan una separación grosera de las metas impuestas a la administración por medio de las normas que contienen sus programas finales.

En el caso en concreto, se mantuvo la decisión de construir el estadio para dar cumplimiento al programa de gobierno contra las disposiciones de ordenamiento territorial, incluso comprometiendo la seguridad de los habitantes del Municipio de Pasto por la imposibilidad de prevenir o resistir un desastre y que se hubiera podido evitar si se obtiene con antelación la licencia de construcción. Por lo anterior, la decisión del Consejo de Estado es declarar la violación del derecho colectivo a la seguridad pública, y por ello ordenó la suspensión de las obras, y así mismo ordenó al municipio que hiciera los estudios necesarios para determinar un fin adecuado para las obras que se alcanzaron a adelantar, y conformar un comité para la verificación del cumplimiento del fallo.

Por último, el Consejo de Estado concedió "...el incentivo en favor de los demandantes iniciales, pues el sentido del mismo es premiar a quien se arriesga a asumir los costos de un proceso que redundará en beneficios para toda la comunidad. Otorgar incentivo a los coadyuvantes no obedece el sentido de la institución, pues ellos no tienen el carácter de demandantes, y por otro lado, no son ellos quienes tienen la iniciativa de iniciar un proceso en defensa de un interés colectivo".

SENTENCIA AP-2005-00993 DE 15 DE AGOSTO DE 2007

Mediante sentencia de 15 de agosto de 2007, actuando como Consejero Ponente RUTH STELLA CORREA PALACIO, expediente AP-2005-00993, el Consejo de Estado resuelve respecto de la demanda que interpuso un ciudadano contra el Departamento del Cauca y la Caja de Compensación Familiar del Cauca –COMFACAUCA– con el fin de obtener la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa y al patrimonio público previstos en la Ley 472 de 1998, los que afirma vulnerados por la demandada con ocasión de la celebración de un contrato de administración sobre los terrenos departamentales

51 RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JOSÉ MARÍA, *op. cit.*, p. 34.

denominados Villa Olímpica, entre la Gobernación del Departamento del Cauca y la Caja de Compensación Familiar del Cauca –COMFACAUCA–, que no le reporta ningún beneficio periódico, permanente o actual.

Procede el Consejo de Estado a estudiar la procedencia de la acción popular en materia de contratación estatal ya que se requiere precisar si resulta procedente la acción popular a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial.

En primer término, señala el Tribunal, que las acciones populares tienen como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, ya sea evitándose el daño contingente o haciendo cesar el peligro, la amenaza, agravio o vulneración o, en la medida de lo posible, restituyendo las cosas a su estado anterior, lo cual se logra a través de la efectividad de las medidas y correctivos implementados por las autoridades⁵². Por lo tanto, esta acción constitucional tiene el *carácter de autónoma* y, por ende, no es residual o supletiva, en esos términos el Legislador se encargó de establecer tal autonomía según se desprende de la lectura armónica de los artículos 1º, 2º, 9º y 34 de la Ley 472 de 1998⁵³, todos ellos en perfecta consonancia con el querer del Constituyente, expresado en los siguientes términos en los antecedentes históricos del artículo 88 Constitucional:

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

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

"Como se infiere de todo lo expuesto, las acciones populares han tenido una significativa acogida en los proyectos y propuestas de reforma constitucional, especialmente en aquellos que consagran derechos colectivos. Es esta una in-

52 Consejo de Estado, Sección Primera, expediente AP-55 de 13 de julio de 2000.

53 *Diario Oficial*, año CXXXIV, núm. 43357, 6 de agosto de 1998, p. 9. La ley 472 entró a regir un año después de su promulgación al tenor de su artículo 86.

dicación clara de que tales acciones constituyen, ciertamente, un instrumento eficaz para la aplicación de dichos derechos.

"De otra parte, subsisten acrecentadas las razones que en la historia de las instituciones jurídicas justificaron en su momento la aparición de estas acciones para defender los intereses de la comunidad"⁵⁴.

En esa misma línea se ha pronunciado el Consejo de Estado en anteriores oportunidades sobre su carácter principal y no subsidiario de la acción popular que, a partir del marco constitucional y legal:

"(...) su titularidad radica en un colectivo debido a su carácter 'supraindividual', dando lugar a una legitimación colectiva que se otorga a un individuo como miembro de una colectividad afectada (art.12 Ley 472 de 1998) (...).

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

"Y la acción popular no es subsidiaria sino principal debido a que la existencia de otros medios de defensa no la hace improcedente, pues es principal e independiente de otras acciones"⁵⁵.

Es por ello que para el Tribunal, los contratos estatales no escapan al ámbito de la acción popular, cuando con ocasión de los mismos resulten amenazados o vulnerados los derechos colectivos, toda vez que en ellos está contenida la

54 Asamblea Nacional Constituyente, Informe de ponencia para primer debate sobre derechos colectivos. Ponentes: Iván Marulanda, Guillermo Perry, Jaime Benítez, Angelino Garzón, Tulio Cuevas y Guillermo Guerrero, en *Gaceta Constitucional*, núm. 46, Bogotá, lunes 15 de abril de 1991, pp. 21 y 25. Vid. igualmente *Gaceta Constitucional*, núm. 58, Bogotá, miércoles 24 de abril de 1991, p. 6.

55 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2005, rad.: 25000-23-25-000-2003-00254-01, actor: Exenober Hernández Romero, referencia: AP-00254, C.P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ. En el mismo sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 24 de mayo de 2001, exp.: AP-076, C.P.: OLGA INÉS NAVARRETE y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de septiembre de 2004, rad.: 25000-23-27-000-2003-00571-01, AP-571, actor: Mario Efrén Sarmiento Riveras y otros contra la Superintendencia de Economía Solidaria. En el mismo sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. AP-166, sentencia de 17 de junio de 2001, C.P.: ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de octubre de 2005, actor: Procuraduría General de la Nación, demandada: Amadeo Tamayo Morón, rad.: 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01, C.P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.

actividad del Estado⁵⁶, en tanto son celebrados por las entidades públicas para cumplir los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (artículo 3° de la Ley 80 de 1993), llevan ínsito el principio de legalidad, tienen la impronta del interés general y son expresión del ejercicio de la función administrativa (art. 209 de CP).

Agrega el Consejo de Estado que no hay ninguna discusión sobre la procedencia de este medio procesal cuando la conducta vulnerante del derecho o interés colectivo es un contrato estatal, toda vez que se trata del mecanismo idóneo para la protección de los derechos e intereses colectivos, con independencia de la naturaleza de la conducta vulnerante, y a dicha conclusión se arriba al revisar el contenido de los artículos 9°, 15, ordinal b) del 18 e inciso segundo del 40 de la Ley 472, los cuales señalan genéricamente y de forma reiterativa que estas acciones proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, sin circunscribir a determinada categoría de actuación su procedencia. En otras palabras, un contrato estatal puede ser causante de una vulneración de un derecho o interés colectivo y que frente a esas situaciones el juez cuenta con unas atribuciones muy amplias para hacer cesar esa vulneración o amenaza.

Por otra parte, para el Consejo de Estado, dentro de los derechos colectivos objeto de protección a través de las acciones populares se encuentra consagrado el de la moralidad administrativa en el ordinal b) del artículo 4° de la Ley 472 de 1998, el cual está estrechamente relacionado con uno de los principios orientadores de la función administrativa como es el de la moralidad. A esta conclusión llega la Sala:

Precisamente, en relación con la contratación estatal, el artículo 40 *ibídem*⁵⁷ reconoce la procedencia de la acción popular en esta materia, específicamente en lo referente

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

57 "Artículo 40. Incentivo económico en acciones populares sobre moral administrativa. En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular. "Para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurran al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso.

a la protección del derecho a la moralidad administrativa, que, como se anotó, también constituye uno de los principios que orientan el ejercicio de la función pública, lo cual implica que los funcionarios que tienen a su cargo el manejo de dineros públicos tienen el deber de velar por la transparencia en la administración y distribución de los mismos para la satisfacción de las necesidades colectivas, que constituyen el fin primario de todo estado de derecho habida consideración al hecho de que su cobertura implica la obtención del beneficio general.

Así mismo, el Tribunal considera pertinente referenciar el artículo 95 de la Constitución Política que consagra en su numeral 9° el deber de todos los ciudadanos de contribuir al financiamiento de las inversiones y gastos que efectúa el Estado dentro de los parámetros de equidad y justicia, y por ende tendrán el derecho a reclamar a los funcionarios claridad en su manejo y correcta destinación en todas las actividades donde se afecte el patrimonio público, derecho que ha sido reconocido por la Corte Constitucional, con ocasión del estudio de constitucionalidad del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, y que se transcribe a continuación:

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

“Es de todos conocido que la corrupción administrativa es uno de los más devastadores flagelos que carcomen el patrimonio público, y que ésta ha encontrado terreno fértil principalmente en el campo de la contratación pública, en el cual ha alcanzado en el último tiempo niveles insospechados, y que, por esa vía, cuantiosísimos recursos públicos resultan desviados de la inversión pública social, con grave sacrificio para las metas de crecimiento económico y de mejoramiento de las condiciones de vida de la mayoría de los colombianos”⁵⁸.

Concluye así el Consejo de Estado que la adjudicación, celebración, ejecución y liquidación de los contratos configura una típica acción de la Administración (función administrativa) que puede amenazar o causar agravio a derechos o

“Para hacer viable esta acción, en materia probatoria los ciudadanos tendrán derecho a solicitar y obtener se les expida copia auténtica de los documentos referidos a la contratación, en cualquier momento. No habrá reserva sobre tales documentos.

58 Corte Constitucional, sentencia C-088 de 2 de febrero de 2000.

intereses colectivos y en esa medida es válido concluir que son generadores de la acción popular (inciso segundo del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, en consonancia con los artículos 9, 15 y 18 de la misma ley).

Para el caso en concreto, el Consejo de Estado considera que el demandante no aportó pruebas suficientes que le permitieran a la Corporación determinar la naturaleza jurídica del bien que se entregó en comodato, si se trataba de un bien fiscal o un bien de uso público, con lo cual le era imposible calificar la conducta para determinar la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa o a la defensa del patrimonio público. Así concluyó:

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

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

Al revisar la legalidad del comodato celebrado entre el Departamento del Cauca y la Caja de Compensación, encontró que esta última se trata de una persona jurídica sin ánimo de lucro (Ley 21 de 1982 y Ley 181 de 1995) y tanto el artículo 355 de la Constitución Política como el Decreto 777 de 1992 y sus decretos modificatorios permiten celebrar contratos con el fin de impulsar programas y actividades de interés público.

Finalmente, el Consejo de Estado señala que le corresponde al demandante no solamente afirmar la posible ilegalidad de la actuación, sino que le corresponde al demandante en la acción popular la carga procesal de precisar el aspecto en el cual radica la trasgresión a este principio, endilgando acusaciones propias de su vulneración y se reitera no sólo de ilegalidad. Y por otro lado, al juez de la acción popular le corresponde superar los límites de la revisión de ilegalidad de la actuación con la que, según la demanda, se vulnera la moralidad administrativa, para extender su análisis a las motivaciones que llevaron al funcionario a ejecutar la actuación. Trae a colación el Tribunal una sentencia de 4 noviembre de 2004, que transcribe en los siguientes términos:

"La violación del derecho a la moralidad administrativa implica siempre la vulneración por parte de los servidores públicos de la Constitución o la ley, o la

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

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

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

*"Correspondía a los actores demostrar, además de la omisión, la presencia de elementos de carácter subjetivo contrarios a los fines y principios de la administración, esto es: *conductas amañadas, irregulares o corruptas que favorecen el interés particular a costa de ignorar los fines y principios de la recta administración.* Esa prueba se echa de menos" (cursivas fuera de texto)⁵⁹.*

SENTENCIA AP-2005-00005 DE 19 DE JUNIO DE 2008

Mediante sentencia de 19 de junio de 2008, actuando como Consejero Ponente RUTH STELLA CORREA PALACIO, expediente AP-2005-00005, el Consejo de Estado resuelve respecto de la demanda que interpuso un ciudadano contra el Municipio de Puerto Tejada y la Empresa Aguas del Puerto S.A. E.S.P. por la celebración de un contrato de arrendamiento con inversión para el uso y goce de la infraestructura del sistema de acueducto y alcantarillado de ese municipio, que vulneró los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público. En las pretensiones se solicita que se declare que el Municipio de Puerto Tejada omitió lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, al celebrar un contrato de manera irregular, entregando el patrimonio público a un tercero en detrimento de la comunidad "cuando hay una concesión simulada que genera en nulidad (sic) el contrato que hoy nos ocupa".

59 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de noviembre de 2004, rad.: AP-2305.

Que una vez se declare la irregularidad solicita que se le ordene a la Alcaldía Municipal de Puerto Tejada Cauca y Aguas del Puerto S.A. E.S.P. como autoridad competente para que se anule o deje sin efecto el contrato No. 001 de 9 de junio de 2004 de arrendamiento con inversión.

Dentro de los hechos se alega que el Municipio perdió la posibilidad de explotación del acueducto municipal que le dejaba unos ingresos de treinta millones de pesos mensuales y lo entregó en arrendamiento por la suma de tres millones de pesos y en un plazo de 30 años, figura contractual que permite la contratación directa sin acudir a la licitación pública.

LA CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA EN LA ACCIÓN POPULAR

En las consideraciones del Consejo de Estado se empieza por agregar que también se cuestiona que dentro del objeto social de la empresa ejecutora las actividades objeto del contrato No. 001 de 2004, pero dichos cuestionamientos se plantearon de manera novedosa en la apelación de la sentencia de primera instancia, a lo cual indica que no "entrará a estudiar las nuevas imputaciones formuladas por el Ministerio Público y por el accionante en cuanto se apoyan en razones fácticas distintas a las que sirvieron de *causa petendi* al escrito de demanda popular, en franca violación del derecho de contradicción de los accionados".

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Ya en lo que tiene que ver con el estudio de fondo, por tratarse de un servicio público domiciliario se aplica la Ley 142 de 1993 que reenvía al régimen de derecho privado cuando se trata de los contratos de las entidades estatales que presten los servicios públicos y por lo tanto no están, en esos términos sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por lo cual concluye que "no es entonces necesaria la concesión para que los particulares presten los servicios públicos". Y agrega: "Ésta y otras modalidades contractuales, como los contratos de operación o de gestión o el de arrendamiento, pueden ser celebradas con ese objeto. Así lo pone de relieve el profesor PALACIOS MEJÍA:

"En ocasiones, cuando los particulares se encargan de prestar un servicio público domiciliario, utilizando para ello bienes de las autoridades (...) celebran con las autoridades contratos que denominan 'de concesión', que el legislador ha dado a varias modalidades contractuales en donde las autoridades, por diversas razones, consiguen que los particulares se hagan cargo de ciertas actividades que inte-

resan al bienestar de la comunidad. *Pero ello no implica que los particulares sólo pueden llegar a la prestación de los servicios públicos gracias a 'concesiones' del Estado. Ciertamente, la Constitución no armonizará con este enfoque*⁶⁰ (se destaca).

Para el Consejo de Estado existen dos normas que regulan el régimen jurídico aplicable a las entidades estatales que tienen a su cargo la prestación de un servicio público, la Ley 142 y la Ley 689 de 2001 que modificó esta última, y cuyo objetivo fue aclarar justamente este aspecto, o que es lo mismo: "... para señalar que por regla general los contratos que celebren los prestadores de servicios públicos de carácter estatal no están sometidos al Estatuto de Contratación Estatal". Igualmente aclara que la selección de contratista que se va a encargar de la gestión del servicio público, en este caso se rige por el Estatuto General de la Contratación Pública y se debe surtir por licitación pública.

Al estudiar de fondo la demanda, el Tribunal indica que no puede hablarse que se esté "simulando" un arrendamiento, cuando se trata de una concesión en realidad puesto que la figura jurídica celebrada está permitida por el ordenamiento jurídico. Adicionalmente, el material probatorio acreditó, cuando menos en cuanto hace al proceso de selección, se siguió lo dispuesto por el Estatuto de contratación en tanto se adelantó un proceso licitatorio.

ALCANCE DE LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA EN LA SELECCIÓN DE CONTRATISTAS

El otro cuestionamiento a estudio por parte del Consejo de Estado se encuentra en la modalidad de participación que utilizó el contratista para que le adjudicaran el contrato de arrendamiento y era la promesa de sociedad futura, y que de acuerdo con el Tribunal sólo debe ser permitida en los lineamientos impuestos por el parágrafo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, esto es, cuando por iniciativa privada un oferente pretenda presentar una oferta para que sea estudiada por la entidad estatal para la concesión de una obra pública; sin embargo, esta irregularidad no tiene el alcance de ser estudiada a la luz de la acción popular, por cuanto para la Corporación:

La Sala considera que si bien en el caso concreto se permitió licitar bajo la modalidad de promesa de asociación futura para un contrato cuyo objeto es de arrendamiento y, por ende, a todas luces diferente al contemplado en el parágrafo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, dicha irregularidad o ilegalidad, no implica

60 PALACIOS MEJÍA, HUGO, *El derecho de los servicios públicos*, Derecho Vigente, Bogotá, 1999, pp. 77 y 78.

per se una violación a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público.

En efecto, por sabido se tiene que en el proceso de adjudicación, celebración, ejecución y liquidación de los contratos, se pueden presentar acciones y omisiones que pueden amenazar o causar agravio a derechos o intereses colectivos (inciso segundo del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, en consonancia con los artículos 9º y 15 de la misma ley), pero para ello no basta la simple ilegalidad de la actuación, sino que a ésta deben sumarse circunstancias y señalamientos de contenido subjetivo contrarios a los fines y principios de la Administración Pública, como lo serían la deshonestidad o la corrupción, cargos que deben ser serios, fundados y soportados en medios probatorios allegados oportunamente al proceso, dado que cualquier imputación sobre inmoralidad administrativa en la que estén ausentes las acusaciones de tal aspecto, no tienen vocación de prosperidad.

EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN

Entra ahora a estudiar el Consejo de Estado el cuestionamiento planteado por el actor respecto de la ausencia de estudios de prefactibilidad. Señala la Corporación, que dentro de los principios capitales que de antaño han informado la actividad contractual del Estado⁶¹, ocupa especial lugar el de economía, una de cuyas manifestaciones es la **planeación**⁶², por cuya virtud la entidad estatal contratante está en el deber legal (Ley 80 de 1993 numerales 7, 12, 25 y 26 del artículo 25, e inciso segundo del numeral 1º del artículo 30) de elaborar, antes de emprender el proceso de selección del contratista, los estudios completos y análisis serios que el proyecto demande, los cuales inciden en la etapa de formación del contrato y en forma –si se quiere más significativa– en su etapa de ejecución⁶³. Para sustentar lo anterior se apoya en jurisprudencias que trataron el tema de la siguiente manera:

61 El artículo 72 del Decreto 150 de 1976 ya hacía referencia a este punto. Así mismo, el Decreto 222 de 1983 implícitamente hacía referencia a él en el numeral 2º del artículo 30, en el artículo 46, en el párrafo 1º del artículo 83 y de manera expresa en el artículo 84 referido a los contratos de obra pública.

62 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, radicados: 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715) y otros -acumulados-, actores: Carlos Orlando Velásquez Murcia y otros, demandado: Nación-Presidencia de la República y otros, ref.: Acción de nulidad en contra del Decreto 2170 de 30 de septiembre de 2002, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

63 Vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2007, radicación 52001-23-31-000-1996-07894-01(15469), actor: Mario Eduardo Rosasco Estupiñán, demandado: Municipio de Tumaco, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

"...no se puede licitar ni contratar la ejecución de una obra sin que previamente se hayan elaborado los planos, proyectos y presupuesto respectivos, y determinado las demás especificaciones necesarias para su identificación. Esta determinación previa de las condiciones sobre las cuales se va a desarrollar el contrato conlleva obligatoriamente que los estudios y demás especificaciones permitan a las partes llevar a feliz término el objeto del contrato, en cuyo desarrollo los interesados pueden adelantar la actividad correspondiente dentro de un marco de confiabilidad recíproca de los factores y condiciones que la Administración ofrece y las condiciones y resultados que con base en ellos el contratista asume..."⁶⁴.

Por lo tanto, agrega el Consejo de Estado que *el deber de planeación*, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden.

En una palabra, el proceso contractual deberá estar precedido de los estudios técnicos, financieros y jurídicos que se requieran en orden a determinar su viabilidad económica y técnica⁶⁵. En otras palabras, para el Tribunal, el principio de economía en cuya esencia está el *deber de planeación del contrato*, también aplica al sector de los servicios públicos, cuando quiera que se pretendan celebrar contratos especiales de gestión de los servicios públicos domiciliarios, en tanto las finalidades sociales -ínsitas a esa prestación- subrayan ese deber de actuar con alto grado de eficiencia y eficacia en orden no sólo a proteger los recursos públicos fiscales representados en los bienes afectos al servicio, con sujeción estricta al orden jurídico, sino a garantizar una prestación eficiente con especial atención de las necesidades básicas insatisfechas de acueducto y saneamiento básico.

Al afirmar la Corporación que el principio de planeación se aplica a las empresas de servicios públicos domiciliarios, eso significa que el principio de

64 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de mayo de 1992. En sentido similar, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de junio de 1998, exp. 10.439.

65 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2007, proceso 25000 2326000985401, radicación 14854, actor: Hernán Duarte Esguerra, demandado: Instituto de Desarrollo Urbano –IDU–, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

economía debe orientar los procesos de contratación de que trata el numeral 39.3 del artículo 39 de la Ley 142, por lo tanto, "... también resulta cuestionable todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación en la toma de este tipo de decisiones públicas, que por supuesto suponen una agresión clara del marco jurídico contractual estatal en general y del régimen de los servicios públicos domiciliarios en particular, como quiera que si bien este último en el párrafo del artículo 39 de la Ley 142, arriba glosado, reenvía al derecho privado, simultáneamente: i) impone que la selección del operador debe hacerse en todo caso mediante invitación pública (párrafo 1° del artículo 87 *ibíd.*) y –como ya se indicó- ii) establece un deber de sometimiento a la Ley 80 y por lo mismo al procedimiento licitatorio por parte de las entidades territoriales en los eventos previstos por el párrafo del artículo 3° de la Ley 689 modificatorio del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, en los términos arriba anotados".

Ya, para el caso en concreto, el Consejo de Estado encontró que la entidad estatal se apoyó para celebrar el contrato en estudios previos contratados para tal fin.

CONCEPTO DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA

En lo que el Consejo de Estado sí encuentra irregularidades que comprometen el patrimonio público es, en la falta de un compromiso contractual claro y preciso en cuanto a las metas de ampliación de cobertura, mejoramiento de la calidad y consecuencial expansión y mejoramiento del servicio. Frente a la imputación de vulneración al interés colectivo a la moralidad administrativa, señala el Tribunal, en tesis que ha sido constantemente reiterada⁶⁶, que en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (art. 1°), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (art. 209 *ibídem*), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación, sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley.

La jurisprudencia de la Corporación ha ido precisando el concepto de moralidad administrativa, como derecho colectivo que puede ser defendido por cualquier persona, del cual se destacan estas características: "a) es un principio que debe ser concretado en cada caso; b) al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar

66 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 31 de octubre de 2002, exp. AP-059; exp.: AP-166 y AP-170 de 2001.

*al administrador de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación, c) en la práctica, la violación de este derecho colectivo implica la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza*⁶⁷.

Igualmente reitera la Corporación en la utilidad del principio de legalidad a la hora de determinar la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, en tanto la conclusión de su vulneración no depende del concepto personal del juez sobre lo que considera moral, sino de la justificación que la actuación cuestionada encuentre en el ordenamiento jurídico, eliminando de esa forma cualquier consideración de carácter subjetivo en la inferencia que encuentre el juez en torno o no de ese derecho⁶⁸:

Ya para el caso en concreto, y con fundamento en el análisis de las pruebas, concluye el Consejo de Estado que se tienen bases suficientes que se configuró amenaza al derecho colectivo al patrimonio público, en cabeza de los demandados, toda vez que se demostró la anomalía anotada al quedar establecido en el plenario un comportamiento lesivo con ocasión de la celebración del negocio jurídico que entraña una amenaza cierta en relación con los bienes afectos a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, como que del contenido obligacional a cargo del operador arrendatario que los gestiona y administra, no se advierte un compromiso claro y preciso en punto de ampliación de la cobertura y mejoramiento de la calidad del servicio en el marco de la obligación constitucional, legal, reglamentaria y regulatoria de universalizar la prestación del servicio (arts. 2.1, 2.2, 2.5, 11.1 y 25 de la Ley 142), y por ello decide revocar la sentencia de primera instancia que había desestimado todas las pretensiones de la demanda.

EL INCENTIVO ECONÓMICO

Sobre este particular, el Consejo de Estado nos ilustra en esta sentencia que en lo que atañe a la solicitud de ordenar el pago del incentivo, de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional en la providencia que revisó esta materia, el incentivo debe correr a cargo de las personas naturales que atentaron o vulneraron el derecho o interés colectivo y no de la entidad estatal afectada. Así se transcribe lo que indicó la Corte Constitucional:

"(...)¿quién debe pagar el monto del incentivo decretado por el juez de la acción popular, tanto el del artículo 39, como del 40 de la Ley 472 de 1998[?].

67 Sentencia proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, el 31 de octubre de 2002, exp.: AP-059. En el mismo sentido ver sentencias AP-166 y AP-170 de 2001.

68 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, exp.: AP-720.

Sin lugar a dudas este monto debe pagarlo la persona que atentó o vulneró el correspondiente derecho o interés colectivo, pues, no sería lógico ni jurídico que en la perspectiva de proteger derechos e intereses vinculados al cumplimiento de las tareas estatales, sea el mismo Estado quien deba soportar una erogación con ocasión de un proceso en el que se demostró la responsabilidad de un tercero. Es apenas obvio que cada cual debe responder por los efectos nocivos de su propia conducta, lo cual, a más de ser justo y necesario, resulta ampliamente pedagógico en la esfera de las políticas preventivas del Estado sobre derechos e intereses colectivos. Por consiguiente, el monto total del incentivo determinado por el juez debe pagarlo la persona que atentó o vulneró el correspondiente derecho o interés colectivo. En el evento del artículo 40, siendo el Estado el afectado o "víctima" del acto que afecta la moral administrativa, no puede además ser afectado con una disminución de lo que recupere, siendo lo razonable que el incentivo lo pague el autor o cómplice del detrimento patrimonial. Esta es la misma posición que en la interpretación y aplicación de esta norma ha hecho el Honorable Consejo de Estado y que la Corte Constitucional ahora avala, como manifestación del denominado derecho viviente⁶⁹.

Por ser uno de los demandados el contratista, se declara responsable del pago de este incentivo, el cual estima la Sala en 150 salarios mínimos legales mensuales dada la magnitud del negocio jurídico celebrado y habida cuenta que no se dispone de los elementos de juicio para aplicar lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 472.

Es de recordar que la Ley 1425 de 2010 en su último artículo derogó el incentivo económico de la Acción Popular de Moralidad Administrativa.

EN LA ACCIÓN POPULAR DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA EL CONCEPTO DE MORALIDAD

Mediante sentencia de 24 de marzo de 2009, actuando como Consejero Ponente MAURICIO TORRES CUERVO, expediente AP-2004-00739, el Consejo de Estado resuelve respecto de la demanda de la protección de los derechos colectivos de moralidad administrativa, defensa del patrimonio público y la libre competencia económica. Respecto del derecho colectivo de moralidad, el demandante alega que se le entregó el uso y explotación de la marca Juan Valdez sin contraprestación y sin mediar un procedimiento contractual alguno y donde los responsables generaron un grave y cuantioso detrimento del erario.

Empieza el Consejo de Estado por señalar que no hay ninguna discusión respecto de la procedibilidad de la acción popular en materia contractual,

69 Corte Constitucional, sentencia C-459 de 2004.

para lo cual se ampara en jurisprudencias anteriores, donde sostuvieron que la acción popular procede para impugnar contratos estatales, "siempre que se alegue la lesión de derechos colectivos", reiteración derivada de concentrarse el estudio de la acción de moralidad administrativa originadas en contratos estatales en la sección tercera, por cuanto antes se discutió que al existir la acción de controversias contractuales no procedía la acción popular y ello permite que "por vía de acción popular se puede discutir la legalidad de los contratos estatales" (sentencia de 5 de marzo de 2000, expediente AP-1402, Sección Tercera).

Luego el Consejo de Estado se encarga de aclarar que el concepto y alcance del "derecho a la moralidad administrativa" es de origen jurisprudencial y para ello trae a colación sentencias anteriores en donde se sostuvo que se requiere tener en cuenta dos aspectos fundamentales:

Moralidad no es sinónimo de legalidad. Se señala que confundir esos dos conceptos desde la óptica del control judicial de la actividad de la administración implica, necesariamente, negar la existencia del concepto de *moralidad*, dado que si se subsume por completo en la concepción clásica de *legalidad*, los mecanismos judiciales contencioso administrativos resultarían suficientes y no se justificaría la existencia de la acción popular para su protección.

Moralidad no es un concepto eminentemente subjetivo. Se niega que el juez juzgue la actividad administrativa "bajo el exclusivo parámetro de su propia y personal concepción de la moralidad".

Entonces para llegar a construir el concepto se acudió a los diferentes métodos de interpretación y de aplicación de principios dados en varias jurisprudencias:

(i) Con respecto al método histórico, se indica que para el legislador la moralidad administrativa consiste en el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo con la legislación vigente, con la diligencia y cuidado de un buen funcionario⁷⁰.

(ii) Luego en el método de interpretación teleológico, se indica que moralidad debe referirse a la finalidad que inspira la actividad de la administración, por lo tanto se considera como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente a los fines que se buscan, por lo tanto hay "una estrecha vinculación entre inmoralidad y desviación de poder"⁷¹.

(iii) Para el Consejo de Estado también es importante el criterio constitucional del concepto de moralidad y acudiendo a una sentencia de constitucionalidad la Corte Constitucional indicó que la misma "no se circunscribe

70 Jurisprudencia referida por el Consejo de Estado, sentencia de 20 de junio de 2002, expediente AP-0007. Sección Primera. En el mismo sentido, sentencia de 24 de octubre de 2002, expediente AP-0446.

71 Jurisprudencia referida por el Consejo de Estado, sentencia de 31 de octubre de 2002, expediente AP-518, Sección Tercera.

al fuero interno de los servidores públicos, sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad, en un momento dado, espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de diligencia, cuidado, absoluta transparencia, pulcritud y honestidad⁷².

(iv) El carácter del derecho colectivo de la moralidad supone que el juicio de moralidad debe deslindarse de las valoraciones de conveniencia y oportunidad que efectúe el administrador, de las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación⁷³.

(v) La moralidad administrativa tiene una asociación con la defensa del patrimonio público⁷⁴ y a la lucha contra la corrupción administrativa. Se expresa que la moralidad administrativa implícitamente hace referencia a la corrupción, pues esa última significa menoscabo de la integridad moral⁷⁵.

(vi) También se entiende la moralidad como el conjunto de valores, principios y virtudes fundamentales aceptados por los individuos y que deben informar las actuaciones del Estado⁷⁶.

(vii) Igualmente es importante lo resuelto en fallo reciente donde se establece que la antijuridicidad de la conducta o de la omisión es determinante para el análisis de la moralidad administrativa y así lo expresó:

En efecto, se ha señalado que la sola desatención de los trámites, procedimientos y reglamentos establecidos normativamente para el ejercicio de la función pública, en que el encargado de la misma incurra, no lleva a concluir automáticamente y sin fórmula de juicio, la vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa; es necesario además, que de la conducta trasgresora del ordenamiento establecido pueda predicarse antijuridicidad, entendido este elemento como la intención manifiesta del funcionario de vulnerar los deberes que debe observar en los procedimientos a su cargo^{77 78}.

Por último, en otra jurisprudencia el Consejo de Estado estableció que la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa era necesaria "la concurrencia de tres elementos: 1) la existencia de unos bienes jurídicos afec-

72 Jurisprudencia referida por el Consejo de Estado, Corte Constitucional, sentencia C-046 de 1994.

73 Jurisprudencia referida por el Consejo de Estado, sentencia AP-518 citada.

74 Jurisprudencia referida por el Consejo de Estado, sentencia AP-446 citada.

75 Jurisprudencia referida por el Consejo de Estado, sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente AP-170, Sección Tercera.

76 Jurisprudencia referida por el Consejo de Estado, sentencia de 9 de febrero de 2001, expediente AP-054, Sección Cuarta.

77 Jurisprudencia referida por el Consejo de Estado, sentencia de 6 de octubre de 2005, expediente AP-2214, Sección Tercera.

78 Jurisprudencia referida por el Consejo de Estado, sentencia de 7 de junio de 2006, expediente AP-1 069, Sección Tercera.

tados con la conducta de quien ejerce la función administrativa; 2) una forma clara de afectación, y 3) una reacción jurídica necesaria frente a la lesión⁷⁹.

1) *La existencia de unos bienes jurídicos afectados con la conducta de quien ejerce la función administrativa*

Ya se indicó, que al entender de esta sección, se comprende a la negación de la corrupción, la ética y la buena fe, como los bienes jurídicos principales que se afectan cuando el ejercicio de la sanción administrativa atenta contra la moralidad administrativa. La identificación de esta afectación, en el caso concreto, resulta sin embargo una operación compleja, que debe atender los desarrollos normativos sobre el principio de moralidad administrativa que eventualmente hayan sido vulnerados, como punto de partida.

(...)

Puede decirse, entonces, que es viable constatar una violación al derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa simplemente con la verificación del quebrantamiento de una norma legal que la desarrolle de manera directa e inequívoca como principio; sin embargo, en las más de las veces no ocurre así, pues aunque exista (y debe existir) una norma como referente, se hace necesario un desarrollo interpretativo y argumentativo del juez en cada caso, capaz de demostrar la efectiva violación o amenaza al derecho o interés colectivo a partir del análisis de la relación entre la moralidad administrativa entendida como principio y la norma aludida.

(...)

2) *La existencia de una forma clara de afectación*

(...)

En síntesis, puede decirse que la afectación a los bienes jurídicos relacionados con la moralidad administrativa no puede suponerse sino verificarse y para ello se necesita una acción, es decir una materialización de la función administrativa como acontece con los actos, los contratos y en algunas oportunidades las omisiones. No debe confundirse, sin embargo, esta verificación de la acción de la función administrativa, con las calificaciones de dolo y culpa que guardan relación con la intención y diligencia de la conducta y no con la revisión de la forma como ésta se manifiesta.

Esta situación tiene un desarrollo coherente en la Ley 472 de 1998, cuando en el artículo 9º de esta norma, relativo a la "procedencia de las acciones populares"

79 Jurisprudencia referida por el Consejo de Estado, sentencia de 21 de febrero de 2007, expediente AP-0549, Sección Tercera.

se establece que este mecanismo de protección de los derechos o intereses colectivos resulta viable frente a "acciones u omisiones de las autoridades públicas o de los particulares".

3) *La existencia de una reacción jurídica necesaria frente a la lesión*

(...)

Esta acción no siempre será necesaria, pero cuando se requiera debe ser desplegada por parte de los jueces que conocen de acciones populares por este concepto. En el caso de una omisión de quien ejerce la función administrativa es evidente que este mecanismo no resulta viable; así mismo, situaciones concretas en las que se evidencie, no una efectiva violación sino una puesta en peligro o amenaza a la moralidad administrativa, pueden no demandar esta medida.

En últimas, corresponde al juez de cada caso, evaluar la medida correspondiente y suficiente para evitar la violación o puesta en peligro o conjurarla a través del retorno de las cosas a su estado anterior. Si sólo puede lograr esto a través de la declaratoria de nulidad de un acto o un contrato, no debe vacilar en hacerlo, porque sólo así se haría efectiva la connotación subjetiva que se predica de la moralidad administrativa entendida como derecho o interés colectivo⁸⁰ (subraya la Sala).

Ya en lo que respecta a la diferencia entre la moralidad administrativa y el principio de legalidad, la jurisprudencia también trató de explicarla en los siguientes términos:

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

80 Jurisprudencia referida por el Consejo de Estado, sentencia de 21 de febrero de 2007, expediente AP-0549, Sección Tercera.

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 pública⁸¹ (la negrilla, cursiva y subraya fuera del texto).

Para el Consejo de Estado entonces, en conclusión, no toda ilegalidad conlleva necesariamente a la violación del derecho a la moralidad administrativa, además se requiere que la conducta del servidor público se encuentre orientada a favorecer intereses contrarios a los que deben inspirar la recta administración; es decir, "(...)no siempre la vulneración del principio de legalidad implica la violación de la moralidad administrativa, pues para que tal consecuencia se produzca es necesario, además, que la decisión u omisión cuestionada se hayan realizado con desviación de poder, o con un interés ajeno al que debe inspirar el acto (...). Correspondía a los actores demostrar, además de la omisión, la presencia de elementos de carácter subjetivo contrarios a los fines y principios de la administración, esto es: conductas amañadas, irregulares o corruptas que favorecen el interés particular a costa de ignorar los fines y principios de la recta administración"⁸² (la subraya, negrilla y cursiva fuera del texto).

PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En el art. 3º de la Ley 1437 de 2011 se indica como principio que las autoridades administrativas se desarrollarán entre otros con arreglo al principio de moralidad y en su numeral 5º se establece que en virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.

El artículo 104 de la Ley 1437 aprobatoria del Código Contencioso Administrativo indica que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para conocer lo dispuesto en la Constitución Política y lo establecido en leyes especiales.

Dentro de los medios de control se encuentra el consagrado en el artículo 144 *ibídem* relativo a la protección de los derechos e intereses colectivos y en los siguientes términos:

81 Jurisprudencia referida por el Consejo de Estado, sentencia de 30 de agosto de 2007, expediente AP-0009, Sección Tercera. Reiterada en sentencia de 5 de marzo de 2008, expediente AP-1402, Sección Tercera.

82 Jurisprudencia referida por el Consejo de Estado, sentencia de 4 de noviembre de 2004, expediente AP-2305, Sección Tercera.

Artículo 144. Protección de los derechos e intereses colectivos. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, *sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato*, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda (la negrilla, cursiva y subraya fuera del texto).

CONCLUSIONES

(I) ORIGEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA ACCIÓN POPULAR DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA

Esta acción popular es de origen constitucional (art. 88) y fue reglamentada por la Ley 472 de 1998, consagrando entre los derechos colectivos protegidos la moralidad administrativa y tiene por objeto que procedería contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares que hubieran violado o amenazaren violar los derechos o intereses colectivos y se podrá interponer mientras subsista la amenaza o el peligro sobre el derecho o interés colectivo. Tienen legitimación en la causa por activa para promover la acción cualquier persona, pero también se legitima a las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones populares, cívicas o de índole similar; a las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión; al Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los personeros distritales y municipales. Si se dirige contra autorida-

des públicas, el juez competente en el juez de lo contencioso administrativo, por el contrario si se dirige contra particulares será la jurisdicción ordinaria civil. Finalmente, el artículo 40 establecía un incentivo económico para quien interpusiera la acción del 15% de lo que recuperara el Estado, pero que fue eliminado con la expedición de la Ley 1425 de 2010 en su último artículo derogó el incentivo económico de la Acción Popular de Moralidad Administrativa.

(II) CAPACIDAD DE ANULACIÓN DEL CONTRATO DE LA ACCIÓN POPULAR

En un primer momento para el Consejo de Estado los contratos estatales son susceptibles de evaluación por parte del juez popular cuando quiera que se amenace o vulnere un derecho colectivo, siendo del caso –incluso– examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o incluso declarar su nulidad, siempre y cuando se trate de nulidad absoluta. Sin embargo, se aclara que si cursa proceso ante el juez natural del contrato, el juez popular debe ser muy cuidadoso en tomar las medidas del caso, como podría ser no decretar la nulidad, sino suspender provisionalmente la ejecución del contrato hasta tanto se defina la legalidad del contrato en el proceso. Posteriormente existen jurisprudencias en donde dudan de la competencia del juez popular para anular el contrato a través de este procedimiento especial.

Para dirimir esta controversia, el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 que en el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011 reforma el Código Contencioso Administrativo limita al juez contencioso cuando obre como juez popular, de decidir sobre la nulidad de un acto administrativo o de un contrato cuando alguno de ellos vulnere o ponga en peligro un derecho colectivo, por lo tanto quedaría una prohibición legal para proceder de esta manera, así que quedaría radicada exclusivamente la competencia en el juez de lo contencioso a través de las acciones de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y acción contractual para lo que nos ocupa, la competencia para anular contratos y actos administrativos, así con los mismos se estén vulnerando derechos de orden colectivo. Ello tiene su explicación en las competencias nuevas que se le otorgó al juez de lo contencioso cuando se le permite no sólo suspender provisionalmente actos administrativos, sino que se abre la posibilidad de suspender los efectos de la ejecución de un contrato, con lo cual se puede proteger de manera inmediata un acto o contrato que no sólo ponga en riesgo el ordenamiento, sino que a su vez se visualice su desvío de poder por parte del funcionario que interviene en cualquiera de los dos actos.

(III) DEFINICIÓN DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA

En otra jurisprudencia, se define la *Moralidad Administrativa* como el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo con la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propio de un buen

funcionario. Por lo tanto, la moralidad administrativa persigue el manejo adecuado del erario público y en general que los funcionarios públicos asuman un comportamiento ético frente al mismo, pues los servidores públicos pueden incurrir en conductas que la generalidad tacharía de inmorales, o en otras que podrían ser sancionadas disciplinaria o penalmente.

(IV) AGOTAMIENTO DE LA JURISDICCIÓN

La identidad de demandas -que en acciones populares se presenta cuando el objeto y la causa son los mismos, con independencia de que el actor lo sea o no ya que justamente se trata de una acción pública- comporta causal de anulación del proceso posterior. Como no es posible la acumulación de procesos derivado del incentivo económico que se pondría en riesgo para quien interpuso la acción con antelación, pues otros interpondrían la acción para acceder a este beneficio y en contra del esfuerzo del primero, por ello es tarea del juez verificar si el objeto es el mismo. Sin embargo, esta posición jurisprudencial puede ser revisada a futuro al eliminarse el incentivo económico con la expedición de la Ley 1425 de 2010.

(V) AUTONOMÍA DE LA ACCIÓN POPULAR DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA

La acción popular ostenta el carácter de autónoma o principal, habida consideración de su objeto y por ello su procedencia no está subordinada a que no existan otros medios de defensa judicial. En otros términos para el Consejo de Estado, la acción popular no es subsidiaria, supletiva o residual, y la razón se encuentra en el bien jurídico protegido y es la efectiva garantía de derechos constitucionales que tienen que ver con la satisfacción de necesidades de tipo colectivo o social. En otras palabras, se trata de la defensa especial de unos derechos o intereses cuya titularidad recae en toda la comunidad y en esos términos, su prosperidad no puede verse frustrada por haberse interpuesto simultáneamente las acciones ordinarias, es decir, que las acciones tradicionales no impiden la iniciación de la acción popular.

Pero se debe aclarar que la acción popular debe tener como fin, que se trata de la protección de derechos de carácter colectivo, de tal manera que la pretensión debe estar orientada a la protección de un bien jurídico diferente al subjetivo, que son esos intereses difusos o colectivos o supraindividuales que la legitiman en cabeza de la colectividad.

Con esta perspectiva, la jurisprudencia tiene establecida la procedencia de la acción popular cuando la conducta vulnerante del derecho o interés colectivo sea un contrato estatal, como una modalidad de gestión pública que ha de guiarse por los principios de moralidad, eficacia, economía, imparcialidad y publicidad; toda vez que -como ya se indicó- se trata de un instrumento principal y autónomo que sin duda se constituye en instituto idóneo para la protección de

los derechos e intereses colectivos. Pero en este caso, ya el Consejo de Estado cuestiona la capacidad del juez popular de anular el contrato estatal.

(VI) LA COADYUVANCIA POR PASIVA EN LA ACCIÓN POPULAR DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA

A pesar que de una lectura inicial se podría concluir que el artículo 24 de la Ley 472 de 1998 sólo autoriza la coadyuvancia activa; es decir, la posibilidad que otros ciudadanos se hagan parte en el proceso encaminado a la protección de un derecho colectivo; para el Consejo de Estado, la norma también está autorizando la coadyuvancia por pasiva; es decir, quien se considera la autoridad o el particular que pone en peligro o amenace violar un interés o derecho colectivo. Para el Tribunal es necesario para el proceso conocer las distintas perspectivas y ayudar así al juez a proteger realmente los intereses jurídicos del colectivo.

(VII) LA CONGRUENCIA DEL FALLO EN LA ACCIÓN POPULAR DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA

Para el Consejo de Estado no es válido que el demandante cuando apele un fallo que le es adverso, introduzca nuevos hechos a la demanda, pues el juez popular también debe respetar el principio de consonancia o congruencia que debe informar todo fallo judicial, en tanto la imparcialidad del juzgamiento exige identidad entre lo decidido, el *petitum* (las pretensiones) y la *causa petendi* (los hechos que le sirven de fundamento). Las restricciones se encuentran asociadas al respeto del debido proceso, por cuanto no se podría garantizar dicho derecho a los demandados, quienes no tendrían la oportunidad de pronunciarse sobre éstos en lo que resta del proceso. Lo anterior no quiere significar que se pueda pronunciar sobre el curso que los hechos vayan tomando mientras se tramita el proceso, como en lo relacionado con la conducta que se encuentre desplegando la entidad estatal o el particular demandados.

En esos términos se concluye que el juez popular también debe observar el principio de congruencia (art. 305 CPC) según el cual la sentencia debe estar en consonancia con los hechos aducidos en la demanda que impone la imparcialidad del juez. Identidad jurídica entre lo resuelto y los supuestos fácticos invocados que impone la garantía del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 CN).

(VIII) LA DECLARACIÓN DE PARTE ACTIVA EN LA ACCIÓN POPULAR DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA

Si se ordena en un proceso donde se tramita una acción popular el interrogatorio a la parte demandante, al aplicar el Código de Procedimiento Civil en la

acción popular, no es posible darle el alcance que establece el artículo 120, en donde se debe entender como un indicio en contra de las pretensiones de la protección del derecho colectivo. Para el Consejo de Estado el interrogatorio de parte que es un instrumento que sirve para provocar la confesión de la otra parte "no es admisible cuando está dirigido a la parte actora, en tanto se opone a la naturaleza, fines y características de este instituto constitucional". La razón es que el accionante no está facultado para confesar a nombre de toda la comunidad, hechos favorables a la parte contraria o perjudiciales al confesante, pues esta eventual confesión afectaría a los demás titulares del derecho o interés colectivo en juego, es decir, la parte activa no se encuentra integrada únicamente por el demandante, sino en toda la comunidad, la cual incluso está autorizada para coadyuvar e incluso impugnar la demanda, con el agregado que la sentencia produce efectos *erga omnes* y para ello la misma norma prevé que una vez admitida la demanda se requiere publicar en un medio masivo dicho auto admisorio para que la comunidad pueda vincularse al proceso.

(IX) LOS BIENES FISCALES SON SUSCEPTIBLES DE SER PROTEGIDOS A TRAVÉS DE LA ACCIÓN POPULAR

Advierte el Consejo de Estado que en cuanto al derecho colectivo al patrimonio público, este concepto no se agota en la enumeración de los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables ni en los que integran el territorio colombiano (arts. 63 y 101 CP), sino que "por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes (...) que [le] sirven [al Estado] para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales". Además, ha señalado el Tribunal Sala que aunque "pueda imaginarse un daño a la moralidad administrativa aislado de sus consecuencias..., en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, el de la libre competencia económica, el de la seguridad pública o el de la prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros.

(X) LA ACCIÓN POPULAR DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO ESTATAL

En una primera jurisprudencia el Consejo de Estado se pronuncia sobre la definición de moralidad administrativa, la cual siendo un principio constitucional requiere una concreción por su textura abierta o norma en blanco, y esta concreción se logra acudiendo a otras disposiciones que se encontrarían en la misma Constitución, en leyes y en tratados internacionales. Pero, aclara eso si el Tribunal, que no se encontrará la definición conceptual de moralidad, sino el

"desarrollo específico y concreto del algún aspecto del principio". Un ejemplo se podría presentar en la celebración de un contrato cuando la entidad estatal agota el proceso de selección del contratista y diseña reglas de participación claramente lesivas al derecho de participación previsto en el artículo 13 de la Constitución Política, pues en este caso se vulneraría el numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80 y el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007.

Pero la Corporación advierte que el actor tiene una carga dentro del proceso que se adelanta para proteger el derecho colectivo, y es que soporta la carga de la prueba de los hechos u omisiones en que consista la vulneración de dicho derecho colectivo, de modo que para la prosperidad de la acción popular, es necesario que "tal acción u omisión sea probada por el actor, o que del expediente sea posible deducir de qué acción u omisión se trata, pues de lo contrario, el juez de la acción popular no podrá impartir mandamiento alguno en la sentencia".

Otra conclusión importante planteada por el Consejo de Estado en diferentes jurisprudencias, respecto a que no toda ilegalidad configura una inmoralidad administrativa.

Luego aborda el criterio de ponderación a la hora de tomar una decisión de protección de un derecho colectivo, cuando se enfrenten principios donde ninguno tiene un carácter absoluto que se encuentren sustentando instituciones jurídicas y el juez popular deberá decidir a cuál deberá dársele mayor prioridad. La administración dentro de la gestión pública puede sacrificar unos principios por la aplicación de otros cuando está ejecutando una norma, en esa medida, o bien la administración efectuó una inadecuada ponderación y en ese caso el juez popular podrá privarla de validez; o en otro caso, el juez popular puede llegar a concluir que sólo había una única solución de ponderación; y en último caso si existieran varias posibles soluciones con la exigencia de ponderación, no deberá el juez popular sustituir con la decisión a favor de una de ellas y en este caso se respetará la tomada por la administración. Este método es utilizado para hacer más eficiente el control del juez popular sobre decisiones que tengan el carácter de discrecionales de la administración, cuando con estas decisiones se comprometen derechos colectivos. A manera de ejemplo, el juez que controla la violación de derechos colectivos debe rechazar aquellas decisiones de la administración pública que no superen un examen de "mínima racionalidad", pues con estas decisiones de la administración se vulnera el principio de "interdicción de la arbitrariedad" de los poderes públicos (artículos 1, 6, y 209 CP).

En otra jurisprudencia señala el Consejo de Estado que los contratos estatales no escapan al ámbito de la acción popular, cuando con ocasión de los mismos resulten amenazados o vulnerados los derechos colectivos, toda vez que en ellos está contenida la actividad del Estado, en tanto son celebrados por las entidades públicas para cumplir los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (artículo 3° de la Ley 80 de 1993), llevan ínsito el principio de

legalidad, tienen la impronta del interés general y son expresión del ejercicio de la función administrativa (art. 209 CP). En otras palabras, un contrato estatal puede ser causante de una vulneración de un derecho o interés colectivo y que frente a esas situaciones el juez cuenta con unas atribuciones muy amplias para hacer cesar esa vulneración o amenaza.

Precisamente, en relación con la contratación estatal, el artículo 40 de la Ley 472 de 1998 reconoce la procedencia de la acción popular en esta materia, específicamente en lo referente a la protección del derecho a la moralidad administrativa como principio que orienta el ejercicio de la función pública, lo cual implica que los funcionarios que tienen a su cargo el manejo de dineros públicos tienen el deber de velar por la transparencia en la administración y distribución de los mismos para la satisfacción de las necesidades colectivas, que constituyen el fin primario de todo estado de derecho habida consideración al hecho de que su cobertura implica la obtención del beneficio general.

Así mismo, el Tribunal considera pertinente referenciar el artículo 95 de la Constitución Política que consagra en su numeral 9° el deber de todos los ciudadanos de contribuir al financiamiento de las inversiones y gastos que efectúa el Estado dentro de los parámetros de equidad y justicia, y por ende tendrán el derecho a reclamar a los funcionarios claridad en su manejo y correcta destinación en todas las actividades donde se afecte el patrimonio público, derecho que ha sido reconocido por la Corte Constitucional, con ocasión del estudio de constitucionalidad del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, y que se transcribe a continuación:

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

"Es de todos conocido que la corrupción administrativa es uno de los más devastadores flagelos que carcomen el patrimonio público, y que ésta ha encontrado terreno fértil principalmente en el campo de la contratación pública, en el cual ha alcanzado en el último tiempo niveles insospechados, y que, por esa vía, cuantiosísimos recursos públicos resultan desviados de la inversión pública social, con grave sacrificio para las metas de crecimiento económico y de mejoramiento de las condiciones de vida de la mayoría de los colombianos"⁸³.

83 Corte Constitucional, sentencia C-088 de 2 de febrero de 2000.

Concluye así el Consejo de Estado que la adjudicación, celebración, ejecución y liquidación de los contratos, configura una típica acción de la Administración (función administrativa) que puede amenazar o causar agravio a derechos o intereses colectivos y en esa medida es válido concluir que son generadores de la acción popular (inciso segundo del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, en consonancia con los artículos 9, 15 y 18 de la misma ley).

Finalmente, en otra jurisprudencia el Consejo de Estado abordó los siguientes tópicos:

(1) Alcance de la promesa de sociedad futura en la selección de contratistas

En cuanto a la promesa de sociedad futura en la selección de contratistas, el Consejo de Estado llegó a la conclusión que esta modalidad para presentar ofrecimiento sólo se permitirá en los lineamientos impuestos por el parágrafo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, esto es, cuando por iniciativa privada un oferente pretenda presentar una oferta para que sea estudiada por la entidad estatal para la concesión de una obra pública.

Esta apreciación de la jurisprudencia debería llamar la atención de los operadores jurídicos, por cuanto en nuestra experiencia, es usual ver cómo en los pliegos de condiciones no se tiene en cuenta esta limitación impuesta por la ley y, por el contrario, se regulan el aparte sobre quienes pueden participar en proyectos de concesión que no provienen necesariamente por iniciativa privada, donde se permite que los oferentes se puedan presentar bajo este modelo. En nuestro criterio, la interpretación limitada por el Consejo de Estado agrega que existe un asunto relacionado con la capacidad jurídica, por cuanto presentarse en esta modalidad en un proceso que no fue producto de iniciativa privada, se considera irregular para la corporación, así que estaría viciada la presentación de un oferta en estas condiciones y hoy se requiere revisar los pliegos de condiciones con esta visión jurisprudencial.

(2) El principio de planeación

Para el Consejo de Estado dentro de los principios que han informado la actividad contractual del Estado se encuentra el de economía, una de cuyas manifestaciones es la **planeación**, por cuya virtud la entidad estatal contratante está en el deber legal (Ley 80 de 1993 numerales 7, 12, 25 y 26 del artículo 25, e inciso segundo del numeral 1° del artículo 30) de elaborar, antes de emprender el proceso de selección del contratista, los estudios completos y análisis serios que el proyecto demande, los cuales inciden en la etapa de formación del contrato y en forma –si se quiere más significativa- en su etapa de ejecución.

Por lo tanto, agrega el Consejo de Estado, que "**el deber de planeación**", en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar

que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden.

En una palabra, el proceso contractual deberá estar precedido de los estudios técnicos, financieros y jurídicos que se requieran en orden a determinar su viabilidad económica y técnica.

Sobre este particular hay una sintonía entre las distintas instancias que están relacionadas con el contrato estatal, primero la Ley 80 de 1993 en el numeral 12 del artículo 25 en relación con el principio de economía regula de manera legal este principio de planeación, luego el artículo 8° de la Ley 1150 de 2007 obliga a la publicación de los estudios previos y en el decreto reglamentario, artículo 3° del Decreto 2474 de 2008, incorpora reglas que imponen deberes para los ordenadores de gastos de cumplir con unos presupuestos mínimos para diligenciar sus estudios previos, para luego finalizar con sentencias sobre desequilibrio económico proferidas por el Consejo de Estado⁸⁴ donde desarrolló de manera detallada como opera este principio de planeación, para finalmente encontrar que ese mismo juez de lo contencioso administrativo, ahora obrando como juez popular desarrolla este principio que permite integrarlo a las competencias que debe cumplir el Estado y el riesgo que su incumplimiento puede llevar a la vulneración de derechos colectivos, el de moralidad administrativa o patrimonio público.

(3) El incentivo económico

Sobre este particular el Consejo de Estado nos ilustra en esta sentencia que en lo que atañe a la solicitud de ordenar el pago del incentivo, de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional en la providencia que revisó esta materia, el incentivo debe correr a cargo de las personas naturales que atentaron o vulneraron el derecho o interés colectivo y no de la entidad estatal afectada. Para la Corte Constitucional no es lógico que sea el mismo Estado quien deba soportar una erogación con ocasión de un proceso en el que se demostró la responsabilidad de un tercero, pues allí es el Estado el que se considera vícti-

84 Sentencia del Consejo de Estado de 29 de agosto de 2007 (radicado 14.854).

ma de acto que afecta la moral administrativa o que es lo mismo, no puede ser afectado con una disminución de lo que recupere.

Sobre este particular no compartimos el criterio expuesto por el Consejo de Estado por cuanto consideramos que no se colige de la lectura del artículo 40 de la Ley 472 de 1998 que sólo sea el particular que propició con su acción u omisión el que deba reparar este incentivo económico, por cuanto si el particular estaba investido como funcionario público, él está obrando en representación del Estado y será la entidad estatal la que deberá, luego de recuperar el patrimonio perdido por el acto inmoral, tomar una parte de él como compensación por el esfuerzo del ciudadano, que asumiendo por la comunidad que pretende proteger, logró demostrar que se realizó un acto que terminó vulnerando los derechos colectivos que ahora resultaron protegidos y ello puede ser a cargo de la entidad estatal. De primar esta tesis, creemos que puede desestimular el inicio de estas acciones, por cuanto obligaría al gestor a perseguir el patrimonio del funcionario que realizó el acto que propició la acción u omisión que terminó vulnerando el derecho colectivo. Para eso se encuentra la acción de repetición, para recuperar lo que el Estado pudo no haber recuperado en su integridad en la parte del incentivo económico.

Pero esta discusión hoy es irrelevante al ser aprobada la Ley 1425 de 2010 que eliminó el incentivo económico.

(XI) EN LA ACCIÓN POPULAR DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA EL CONCEPTO DE MORALIDAD

(1) Moralidad no es sinónimo de legalidad

Se señala que confundir esos dos conceptos desde la óptica del control judicial de la actividad de la administración implica, necesariamente, negar la existencia del concepto de *Moralidad*, dado que si se subsume por completo en la concepción clásica de *Legalidad*, los mecanismos judiciales contencioso administrativos resultarían suficientes y no se justificaría la existencia de la acción popular para su protección.

(2) Moralidad no es un concepto eminentemente subjetivo

Se niega que el juez juzgue la actividad administrativa "bajo el exclusivo parámetro de su propia y personal concepción de la moralidad".

Entonces, para llegar a construir el concepto, se acudió a los diferentes métodos de interpretación y de aplicación de principios dados en varias jurisprudencias:

2.1 Con respecto al método histórico, se indica que para el legislador la moralidad administrativa consiste en el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo con la legislación vigente, con la diligencia y cuidado de un buen funcionario.

2.2 Luego en el método de interpretación teleológico, se indica que moralidad debe referirse a la finalidad que inspira la actividad de la administración, por lo tanto se considera como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente a los fines que se buscan, por lo tanto hay "una estrecha vinculación entre inmoralidad y desviación de poder".

2.3 Para el Consejo de Estado también es importante el criterio constitucional del concepto de moralidad donde se indica que la misma "no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos, sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad, en un momento dado, espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de diligencia, cuidado, absoluta transparencia, pulcritud y honestidad".

2.4 El carácter del derecho colectivo de la moralidad supone que el juicio de moralidad debe deslindarse de las valoraciones de conveniencia y oportunidad que efectúe el administrador, de las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación⁸⁵.

2.5 La moralidad administrativa tiene una asociación con la defensa del patrimonio público⁸⁶ y a la lucha contra la corrupción administrativa. Se expresa que la moralidad administrativa implícitamente hace referencia a la corrupción, pues esa última significa menoscabo de la integridad moral⁸⁷.

2.6 También se entiende la moralidad como el conjunto de valores, principios y virtudes fundamentales aceptados por los individuos y que deben informar las actuaciones del Estado⁸⁸.

2.7 Igualmente, es importante lo resuelto en fallo reciente donde se establece que la antijuridicidad de la conducta o de la omisión, es determinante para el análisis de la moralidad administrativa y así lo expresó:

En efecto, se ha señalado que la sola desatención de los trámites, procedimientos y reglamentos establecidos normativamente para el ejercicio de la función pública, en que el encargado de la misma incurra, no lleva a concluir automáticamente y sin fórmula de juicio, la vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa; es necesario además, que de la conducta trasgresora del ordenamiento establecido pueda predicarse antijuridicidad, entendido este elemento como la intención manifiesta del funcionario de vulnerar los deberes que debe observar en los procedimientos a su cargo^{89 90}.

85 Jurisprudencia referida por el Consejo de Estado, sentencia AP-518 citada.

86 Jurisprudencia referida por el Consejo de Estado, sentencia AP-446 citada.

87 Jurisprudencia referida por el Consejo de Estado, sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente AP-170, Sección Tercera

88 Jurisprudencia referida por el Consejo de Estado, sentencia de 9 de febrero de 2001, expediente AP-054, Sección Cuarta.

89 Jurisprudencia referida por el Consejo de Estado, sentencia de 6 de octubre de 2005, expediente AP-2214, Sección Tercera.

90 Jurisprudencia referida por el Consejo de Estado, sentencia de 7 de junio de 2006, expediente AP-I 069, Sección Tercera.

Por último, en otra jurisprudencia el Consejo de Estado estableció que la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa era necesaria "la concurrencia de tres elementos: 1) la existencia de unos bienes jurídicos afectados con la conducta de quien ejerce la función administrativa; 2) una forma clara de afectación, y 3) una reacción jurídica necesaria frente a la lesión"⁹¹.

1) La existencia de unos bienes jurídicos afectados con la conducta de quien ejerce la función administrativa

Ya se indicó, que al entender de esta sección, se comprende a la negación de la corrupción, la ética y la buena fe, como los bienes jurídicos principales que se afectan cuando el ejercicio de la función administrativa atenta contra la moralidad administrativa. La identificación de esta afectación, en el caso concreto, resulta sin embargo una operación compleja, que debe atender los desarrollos normativos sobre el principio de moralidad administrativa que eventualmente hayan sido vulnerados, como punto de partida.

(...)

Puede decirse, entonces, que es viable constatar una violación al derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa simplemente con la verificación del quebrantamiento de una norma legal que la desarrolle de manera directa e inequívoca como principio; sin embargo, en las más de las veces no ocurre así, pues aunque exista (y debe existir) una norma como referente, se hace necesario un desarrollo interpretativo y argumentativo del juez en cada caso, capaz de demostrar la efectiva violación o amenaza al derecho o interés colectivo a partir del análisis de la relación entre la moralidad administrativa entendida como principio y la norma aludida.

(...)

2) La existencia de una forma clara de afectación

(...)

En síntesis, puede decirse que la afectación a los bienes jurídicos relacionados con la moralidad administrativa no puede suponerse sino verificarse y para ello se necesita una acción; es decir, una materialización de la función administrativa como acontece con los actos, los contratos y en algunas oportunidades las omisiones. No debe confundirse, sin embargo, esta verificación de la acción de la función administrativa, con las calificaciones de dolo y culpa que guardan

91 Jurisprudencia referida por el Consejo de Estado, sentencia de 21 de febrero de 2007, expediente AP-0549, Sección Tercera.

relación con la intención y diligencia de la conducta y no con la revisión de la forma como ésta se manifiesta.

Esta situación tiene un desarrollo coherente en la Ley 472 de 1998, cuando en el artículo 9º de esta norma, relativo a la "procedencia de las acciones populares" se establece que este mecanismo de protección de los derechos o intereses colectivos resulta viable frente a "acciones u omisiones de las autoridades públicas o de los particulares".

3) La existencia de una reacción jurídica necesaria frente a la lesión

(...)

Esta acción no siempre será necesaria, pero cuando se requiera debe ser desplegada por parte de los jueces que conocen de acciones populares por este concepto. En el caso de una omisión de quien ejerce la función administrativa es evidente que este mecanismo no resulta viable; así mismo, situaciones concretas en las que es evidente no una efectiva violación, sino una puesta en peligro o amenaza a la moralidad administrativa, pueden no demandar esta medida.

En últimas, corresponde al juez de cada caso, evaluar la medida correspondiente y suficiente para evitar la violación o puesta en peligro o conjurarla a través del retorno de las cosas a su estado anterior. Si sólo puede lograr ésto a través de la declaratoria de nulidad de un acto o un contrato, no debe vacilar en hacerlo, porque sólo así se haría efectiva la connotación subjetiva que se predica de la moralidad administrativa entendida como derecho o interés colectivo⁹² (subraya la Sala).

Ya en lo que respecta a la diferencia entre la moralidad administrativa y el principio de legalidad, la jurisprudencia también trató de explicarla en los siguientes términos:

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

92 Jurisprudencia referida por el Consejo de Estado, sentencia de 21 de febrero de 2007, expediente AP-0549, Sección Tercera.

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 pública⁹³ (la negrilla, cursiva y subraya fuera del texto).

Para el Consejo de Estado, en conclusión, no toda ilegalidad conlleva necesariamente a la violación del derecho a la moralidad administrativa, además se requiere que la conducta del servidor público se encuentre orientada a favorecer intereses contrarios a los que deben inspirar la recta administración; es decir, "(...) no siempre la vulneración del principio de legalidad implica la violación de la moralidad administrativa, pues para que tal consecuencia se produzca es necesario, además, que la decisión u omisión cuestionada se hayan realizado con desviación de poder, o con un interés ajeno al que debe inspirar el acto (...). Correspondía a los actores demostrar, además de la omisión, la presencia de elementos de carácter subjetivo contrarios a los fines y principios de la administración, esto es: conductas amañadas, irregulares o corruptas que favorecen el interés particular a costa de ignorar los fines y principios de la recta administración"⁹⁴ (la subraya, negrilla y cursiva fuera del texto).

Sobre este particular, al aclararse dos puntos importantes, que *Moralidad* no es sinónimo de *Legalidad* y que una demostración de inmoralidad es el *Desvío de Poder*, y si revisamos distintas jurisprudencias que señalaron que la carga de probar los hechos de la demanda es del actor que interpone la acción, podemos llegar a concluir que no solamente se debe demostrar una posible irregularidad, sino más que eso, al accionador le queda como camino demostrar el desvío de poder y que la doctrina administrativa considera como aquellos actos que aparentemente cumplen con el principio de legalidad, pero los móviles y finalidades del funcionario público estaban centrados en favorecer no el *Interés Público*, sino su propio interés o de un tercero. Para lo anterior, recomendamos entonces explorar toda la doctrina de derecho administrativo que es unánime en señalar que el desvío de poder tiene una prueba idónea y la prueba del indicio, todo para que la demanda pueda llegar a acoger las pretensiones de la demanda.

93 Jurisprudencia referida por el Consejo de Estado, sentencia de 30 de agosto de 2007, expediente AP-0009, Sección Tercera. Reiterada en sentencia de 5 de marzo de 2008, expediente AP-1402, Sección Tercera.

94 Jurisprudencia referida por el Consejo de Estado, sentencia de 4 de noviembre de 2004, expediente AP-2305, Sección Tercera.

(XII) LEY 1437 DE 2011 NUEVO CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011 se indica como principio que las autoridades administrativas se desarrollarán, entre otros, con arreglo al principio de moralidad y en su numeral 5º se establece que en virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.

El artículo 104 indica que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer lo dispuesto en la Constitución Política y lo establecido en leyes especiales.

Dentro de los medios de control se encuentra el consagrado en el artículo 144 *ibídem* relativo a la protección de los derechos e intereses colectivos y en los siguientes términos:

Artículo 144. Protección de los derechos e intereses colectivos. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda (la negrilla, cursiva y subraya fuera del texto).

Como pasó la reforma es hoy la ley la que limita de manera definitiva la competencia del juez popular de anular un acto administrativo o un contrato como consecuencia de la vulneración de un derecho colectivo, en este caso del derecho de moralidad administrativa y así de paso resolver un debate jurisprudencial que se había generado con esta competencia. Por otra parte, se crea un requisito de procedibilidad que consiste en la obligación de quien va

a interponer la acción, de requerir a la entidad sobre la violación del principio de moralidad y luego si entonces se interpone la acción correspondiente, salvo un caso de violación inminente que requiera la intervención judicial y en este caso deberá quedar la sustentación en la demanda. Si no se atiende este requisito de procedibilidad el juez administrativo tendrá la facultad de rechazar la demanda.