

**LAS ACCIONES POPULARES POR MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y SU
INFLUENCIA EN LA ESTABILIDAD DE LOS CONTRATOS ESTATALES**

DIANA MARIA MOLINA PORTILLA

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
SAN JUAN DE PASTO
2008**

**LAS ACCIONES POPULARES POR MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y SU
INFLUENCIA EN LA ESTABILIDAD DE LOS CONTRATOS ESTATALES**

DIANA MARIA MOLINA PORTILLA

MONOGRAFIA

DIRECTOR: IVAN FERNANDO ZARAMA CONCHA

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
SAN JUAN DE PASTO
2008**

Las ideas y conclusiones presentadas en este trabajo de grado son
responsabilidad exclusiva del autor.

Artículo 1º Acuerdo No. 324 de Octubre 1 de 1996 emanado del H. Consejo
Académico de la Universidad de Nariño

Nota de Aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

San Juan de Pasto, 20 de agosto de 2008

DEDICATORIA

A DIOS, fuente de toda sabiduría y poder, por permitir que el transcurso de mi vida haya sido afortunado en el camino de encontrar el conocimiento que hoy me permite llegar a esta meta con la satisfacción del deber cumplido.

A mi FAMILIA, por ser el apoyo incondicional para lograr todos los sueños, por su paciencia para comprender mis dificultades y mis abandonos, por perdonar mis defectos y enseñarme a conservar la humildad en mis triunfos.

IVAN, quiero agradecerte con todo mi corazón por tu paciencia, tu comprensión y fundamentalmente por todo tu amor.

AGRADECIMIENTOS

Nada en la vida es posible si no se cuenta con el apoyo y el impulso de quienes tienen el conocimiento y la experiencia para guiar nuestros pasos.

En este instante debo reconocer a los profesores JAIRO CABRERA, GERMAN RODRIGUEZ (q.e.p.d.) e IVAN ZARAMA CONCHA, quienes de manera desinteresada pusieron todo de sí para que este empeño fuera una realidad.

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCION	12
1. LAS ACCIONES POPULARES	14
1. 1. DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS Y DERECHOS INDIVIDUALES	17
1. 2. CARACTERÍSTICAS DE LAS ACCIONES POPULARES	21
1. 2. 1. Carácter público.	21
1. 2. 2. Naturaleza preventiva.	27
1. 2. 3. Protección exclusiva de derechos colectivos.	29
1. 2. 4. No tienen carácter excepcional ni subsidiario, sino principal y autónomo.	32
1. 2. 5. Caducidad de las acciones populares.	33
1. 3. RELACION ENTRE LAS ACCIONES DE TUTELA Y LAS ACCIONES POPULARES	35
2. LA MORAL A PARTIR DE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCION DE 1991: SENTENCIA C – 224 DE 1994	43

3. ACCIONES POPULARES POR MORALIDAD ADMINISTRATIVA	53
3. 1. ANALISIS JURISPRUDENCIAL	53
3. 2. CONCEPTO DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA DERIVADO DEL ANALISIS JURISPRUDENCIAL	95
3. 2. 1. La moralidad como principio y como derecho colectivo.	98
3. 2. 2. Relación entre la moralidad administrativa y la legalidad.	101
3. 2. 3. Procedencia de las acciones populares por amenaza (daño contingente) del derecho colectivo a la moralidad administrativa.	105
3. 2. 4. Declaratoria de nulidad de los actos y contratos de la administración por parte del juez de la acción popular	106
4. INFLUENCIA DE LAS ACCIONES POPULARES POR MORALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA ESTABILIDAD DE LOS CONTRATOS ESTATALES: LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA Y CADUCIDAD.	108
5. CONCLUSIONES	122
RECOMENDACIONES	126
BIBLIOGRAFIA	127

GLOSARIO

ACCION CONTENCIOSA: “Las acciones contenciosas permiten al administrado someter al conocimiento del juez la discusión de la legalidad de los actos de la Administración y el juzgamiento de los hechos producidos por ésta, para hacer desaparecer del orden jurídico aquellos que lo vulneren, con el restablecimiento del derecho particular que se haya conculcado y también para la obtención de la indemnización cuando se haya causado un daño al particular.

(...)Las acciones tradicionales son: la Acción Pública de Nulidad, llamada de Simple Nulidad o Nulidad Objetiva, la de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, la de Reparación Directa, la de Controversias Contractuales, la Electoral, la de Nulidad de Cartas de Naturaleza y la de Definición de Competencias Administrativas.

Dentro de las nuevas acciones, a partir de la Carta Política de 1991, se tienen: la Acción de Tutela, la de Cumplimiento, la de Pérdida de Inversión, la de Repetición y las Acciones Populares y de Grupo.

Son acciones contenciosas en cuanto la Jurisdicción Contenciosa tiene asignado su conocimiento, aunque en las de Tutela exista la posibilidad de proponerlas ante otro juez.”¹

También pueden entenderse como aquellas acciones en las que existe confrontación directa entre las partes, por oposición a aquellas cuyo objeto es la mera protección del accionante.

ACCION CONTRACTUAL: “(...)mediante la acción contractual se pueden controvertir todos los asuntos relacionados con las diferencias que se presenten entre la Entidad y el particular contratista, ya sea sobre la validez del contrato o alguna de sus cláusulas, sobre la existencia del contrato, sobre la revisión, se decida sobre la validez de los actos administrativos contractuales que expide la administración, que se declare el incumplimiento de alguna de las partes, con su consecuencial condena al pago de los perjuicios causados y en general, (...)para que se hagan otras declaraciones y condenas, como sería el caso de los aspectos relacionados con el equilibrio económico del contrato y el reconocimiento de extracostos, que merecen una conceptualización especial”².

¹ **PALACIO HINCAPIE**, Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo. Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 1999. P. 179 y 180.

² **PALACIO HINCAPIE**, Juan Ángel. Op. Cit. P. 315

ACCION POPULAR: son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.

CADUCIDAD: es un fenómeno netamente procesal, y se produce cuando no se interpone acción alguna en el término fijado por el legislador para hacerlo.

CONTRATO: “(...) es un hecho jurídico complejo por exigir varios supuestos. En primer término, requiere de dos partes contratantes y sus respectivas declaraciones de voluntad sobre el contenido u objeto; en segundo lugar, muchos contratos exigen que las declaraciones de voluntad sean escritas en una forma determinada”³.

CONTRATO ESTATAL: según el Artículo 32 de la Ley 80 de 1993 “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”.

De acuerdo con el Artículo 39 de la Ley 80 de 1993 “Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad”. A su vez el Art. 41 de la misma disposición establece: “Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.”

DAÑO CONTINGENTE: hablamos de daño contingente cuando sólo existe una amenaza de daño.

DERECHO DE ACCIÓN: “(...) es un derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo, que tiene toda persona natural o jurídica, para obtener la aplicación de

³ VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. Derecho Civil, De las obligaciones, 9ª ed., Tomo III. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2004. P. 101

la jurisdicción del estado a un caso concreto, mediante una sentencia, a través de un proceso, o para pedir que se inicie la investigación penal previa al proceso”⁴

LEGITIMACION EN LA CAUSA: es el interés sustancial, subjetivo, concreto, serio y actual para obtener una sentencia de fondo en un determinado proceso. La legitimación en la causa tiene que ver con un presupuesto de la pretensión, pues hace referencia a las personas que pueden demandar o ser demandadas, y, por tanto constituye un requisito para que el juez pueda dictar sentencia de fondo.

⁴ **DEVIS ECHANDIA**, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Tomo I, Teoría General del Proceso. Editorial ABC, Octava Edición, 1981, Página 196.

RESUMEN

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, los derechos colectivos y las acciones populares adquirieron especial importancia dentro del ordenamiento jurídico, los unos, como una prerrogativa nueva a favor de la colectividad, y las otras, como un mecanismo procesal idóneo y ágil para la efectividad de dichos derechos.

Entre los mencionados derechos e intereses colectivos se encuentra el derecho a la moralidad administrativa. La moralidad administrativa no solamente constituye un derecho colectivo con desarrollo netamente jurisprudencial, sino que también goza de la condición de principio inspirador de la función pública.

La vulneración de la moralidad administrativa presupone la intención manifiesta del funcionario, o del particular con funciones públicas, de desconocer con su actuación los fines constitucionales, pues no toda ilegalidad constituye una inmoralidad, así como no toda inmoralidad supone una ilegalidad.

Por su naturaleza y por los bienes jurídicos que protege, – tales como la buena fe, la ética en el manejo de los dineros públicos, entre otros –, la moralidad administrativa, como derecho colectivo, ha abierto la posibilidad de examinar los contratos estatales mediante la interposición de una acción popular, circunstancia que, además, se ve favorecida por las amplias facultades con que cuenta el juez en sede popular, que van desde la posibilidad de declarar la suspensión del contrato estatal hasta la nulidad del mismo; por la legitimación colectiva de las acciones populares; y por la posibilidad de interponer éstas acciones sin otro límite temporal que el de retornar las cosas a su estado anterior.

Palabras claves: moralidad administrativa, acciones populares, derechos colectivos, contratos estatales, legitimación en la causa de las acciones contractuales, caducidad de las acciones contractuales.

ABSTRAC

With the entrance in effect of the Constitution of 1991, the collective rights and the popular actions acquired special importance inside the juridical classification, those some, like a new prerogative in favor of the collective, and the other ones, as a suitable and agile procedural mechanism for the effectiveness of these rights.

Between the aforementioned rights and collective interests it is the right to the administrative morality. The administrative morality not only constitutes highly a collective right with development jurisprudential, but rather it also enjoys the condition of inspiring principle of the public function.

The violation of the administrative morality presupposes the official's apparent intention, or of the particular with public functions, of ignoring with its performance the constitutional ends, because not all illegality constitutes an immorality, as well as not all immorality supposes an illegality.

For their nature and for the legal rights that it protects,-such as the good faith, the ethics in the handling of the public money, among other-, the administrative morality, as collective right, it has opened the possibility to examine the state contracts by means of the interference of a popular action, circumstance that, also, it is favored by the wide abilities with which the judge counts in popular headquarters that it go from the possibility of declaring the suspension of the state contract until the nullity of the same one; for the collective legitimating of the popular actions; and for the possibility of interposing these actions without another temporary limit that the one of returning the things to his status quo.

Keys Words: administrative morality, popular actions, collective rights, state contracts, legitimating in the cause of the actions on contract, expiration of the actions on contract.

INTRODUCCION

La Constitución de 1991 incluyó en su articulado una serie de derechos e intereses radicados en cabeza de la colectividad, que de ser vulnerados o puestos en peligro, generan, o tienen la posibilidad de generar, un daño colectivo.

La consagración constitucional de los derechos e intereses colectivos obedeció no solamente a la aparición de nuevas realidades sociales, sino también a la necesidad de propiciar las condiciones materiales mínimas para el adecuado ejercicio de los derechos de primera generación.

Sin embargo, la estipulación en el texto constitucional no era suficiente, pues era imperioso dotar a la colectividad de instrumentos para la defensa de aquellos derechos que les pertenecen a todos y a nadie al mismo tiempo. Con este fin, el constituyente, en el Art. 88 de la Constitución, acogió a las acciones populares, como un mecanismo ágil y efectivo para la protección de los derechos colectivos.

En desarrollo del mandato constitucional, el legislador expidió la Ley 472 de 1998, que constituye el marco normativo de las acciones populares en Colombia. En su Art. 2 la Ley 472 de 1998 establece que “las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”.

A su vez, el artículo 4 de la Ley 472 de 1998 identifica de manera enunciativa, no taxativa, los derechos e intereses colectivos susceptibles de protegerse mediante acción popular, entre los cuales se encuentra el derecho colectivo a la moralidad administrativa, que constituye el centro de análisis de esta monografía.

En el párrafo del artículo mencionado, la misma ley dispone que los derechos colectivos enunciados se interpretaran de acuerdo a las disposiciones existentes en las normas vigentes o en las que se expidan con posterioridad.

Sin embargo, en la actualidad, no existe un concepto normativo que defina con precisión el contenido del derecho colectivo a la moralidad administrativa, y que especifique los casos en que dicho derecho se considera vulnerado por la acción u omisión de los particulares, o de las autoridades públicas; motivo por el cual, ha sido la jurisprudencia, a través de diferentes pronunciamientos, la que ha identificado el núcleo de este derecho y la que ha definido los elementos para determinar la procedencia de una acción popular por violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Como veremos a lo largo de este trabajo, las acciones populares dirigidas a obtener protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, han cobrado especial importancia en el ordenamiento jurídico, pues a través de su ejercicio es posible suspender la ejecución de los contratos de la administración o poner en tela de juicio su validez.

Con el fin de dilucidar las dificultades interpretativas existentes alrededor del ejercicio de las acciones populares por moralidad administrativa, en especial cuando éstas se ejercen contra contratos estatales, desarrollaremos la siguiente temática: en primer término abordaremos la caracterización de las acciones populares y de los derechos colectivos, no sólo con el fin de diferenciarlos de otro tipo de derechos y de acciones, sino también con el objetivo de entender sus propias singularidades; en segundo lugar, haremos acercamiento breve a la interpretación de la moral a partir de la vigencia de la Constitución de 1991; en tercer lugar, expondremos los pronunciamientos judiciales más significativos sobre moralidad administrativa, y extraeremos los componentes, que a nuestro juicio, identifican éste derecho colectivo; y finalmente, abordaremos la influencia de las acciones populares por moralidad administrativa en la estabilidad de los contratos de la administración.

Este trabajo pretende ser un primer paso en el análisis de un mecanismo procesal que cada día adquiere mayor auge, en especial, por las posibilidades con que cuenta el juez en sede popular, así como un primer esbozo del examen del derecho colectivo a la moralidad administrativa, que por su naturaleza y por los bienes jurídicos que protege, ha hecho posible la revisión de los contratos estatales a través de las acciones populares.

Además de las amplias repercusiones que tienen las acciones populares protectoras de la moralidad administrativa en la estabilidad de los contratos de la administración, es imperioso realizar este análisis porque "...no tiene perdón que el sueño de una participación democrática de los ciudadanos en la solución inmediata de sus conflictos judiciales, termine convertido en un laberinto de normas sin sentido que más parecen una maraña elaborada con el fin exclusivo de que los derechos de las víctimas se diluyan ante la confusión normativa."⁹

⁹ **TAMAYO JARAMILLO**, Javier. Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil. Bogotá: Baker y McKenzie Editores, 2001. Pág. 1

1. LAS ACCIONES POPULARES

La Constitución de 1991 incluyó en su articulado una serie de acciones constitucionales que buscan lograr la efectividad de los derechos individuales y colectivos en ella consagrados, pues si bien la consagración de los derechos es realmente muy significativa, también lo es la forma de hacerlos efectivos. En este sentido la Corte Constitucional manifestó:

Estos instrumentos forman parte del conjunto de mecanismos que el movimiento constitucionalista occidental contemporáneo ha ido incorporando de manera paulatina a los sistemas jurídicos, para optimizar los medios de defensa de las personas frente a los poderes del Estado, de la administración pública y de los grupos económicamente más fuertes. No se trata entonces, únicamente de ampliar el catálogo de derechos constitucionales, sino de crear instrumentos que aseguren su efectividad.¹⁰

Dentro las acciones consagradas por la Constitución de 1991, se encuentran las acciones populares, establecidas en el Art. 88 de la misma, que si bien existían con anterioridad a la expedición de la Carta, no eran utilizadas como un mecanismo efectivo para la protección de los derechos e intereses colectivos. En efecto, la Defensoría del Pueblo en la exposición de motivos del proyecto de ley que desarrollaría el Art. 88 constitucional, manifestó:

Las acciones populares y de grupo (o de clase) tienen antecedentes jurídicos valiosos en Colombia. El Código Civil consagra algunas formas de acción popular desde el siglo pasado (arts. 1005 y 2359), de igual forma existen en el Decreto 3466 de 1982 para protección de los consumidores, en la ley 9ª de 1989 para la defensa del espacio público y en el Decreto 2303 de 1989 en materia agraria; la ley 45 de 1990 y el Decreto 653 de 1993 consagran igualmente acciones de clase o de grupo aunque no reciben tal denominación y su objetivo es proteger a las personas que sean perjudicadas por el ejercicio de prácticas contrarias a la libre competencia en el sector financiero y asegurador -¹¹. Todas esas normas se encuentran dispersas, pero lo más grave es que han permanecido ignoradas, salvo algunas excepciones, durante

¹⁰ **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C – 215 de 1999, M.P. Martha SÁCHICA.

¹¹ El Código Civil también consagraba otras acciones populares, si bien menos conocidas, anteriores a la Constitución de 1991 y establecidas para proteger ciertos derechos colectivos, como las consagradas en los artículos 992, 994 y 2355.

todos estos años. Graves críticas se han hecho a nuestras tradicionales acciones populares, en especial la limitación de los derechos que protege...¹².

Así, la consagración de las acciones populares como acciones constitucionales a partir de 1991, les otorgó a dichos mecanismos procesales una nueva dimensión dentro del ordenamiento jurídico interno como una respuesta a la necesaria efectividad del nuevo catálogo de derechos incorporados en la Carta – Derechos económicos, sociales y culturales o derechos de tercera generación -.

La constitucionalización de estas acciones obedeció entonces, a la necesidad de protección de los derechos derivados de la aparición de nuevas realidades o situaciones socio-económicas, en las que el interés afectado no es ya particular, sino que es compartido por una pluralidad más o menos extensa de individuos. Las personas ejercen entonces, verdaderos derechos de orden colectivo para la satisfacción de necesidades comunes, de manera que cuando quiera que tales prerrogativas sean desconocidas y se produzca un agravio o daño colectivo, se cuente con la protección que la Constitución le ha atribuido a las acciones populares, como derecho de defensa de la comunidad.¹³

El Art. 88 de la Constitución Nacional estableció que sería el legislador el encargado de regular el ejercicio de las acciones populares para la protección de los derechos colectivos. Con el objetivo de cumplir con la tarea encomendada por el constituyente, se presentaron distintos proyectos de ley, entre los que podemos mencionar el proyecto 020/93 presentado por el Defensor del Pueblo, el proyecto 008/93 presentado por la senadora Vivianne Morales Hoyos y María Cristina Ocampo de Herrán, el proyecto 69/93 presentado por la senadora Vera Grave, y el proyecto 040/93 presentado por el senador Darío Martínez Betancourt; ninguno de los cuales fue aprobado. De esta manera la efectividad de los derechos colectivos consagrados en la Constitución, se ponía en duda. Conciente de esta situación, el entonces Defensor del Pueblo, en la presentación del proyecto 020/93 ante el Congreso, con acierto, señaló: “las acciones populares son el instrumento más importante para garantizar los derechos colectivos. Mientras no se reglamenten,

¹² Exposición de motivos al Proyecto de Ley 084 de 1995 Cámara, presentado por el Defensor del Pueblo en **GACETA DEL CONGRESO** No. 277, martes 5 de septiembre de 1995, p. 11 y ss.; Cita tomada de **CORREA PALACIO**, Ruth Stella, El control judicial de la administración: acciones constitucionales y su alto impacto en la defensa de los intereses colectivos y en las políticas para su defensa. En: Memorias del 2do Seminario Internacional de Gerencia Jurídica Pública, Modulo IV- La Gerencia Jurídica y el Impacto del control judicial, Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., Secretaría General, Dirección Jurídica Distrital, 2005. P. 8.

¹³ **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C 215 de 1999, M.P. Martha SÁCHICA.

existirá un gran vacío jurídico en nuestro país y muchos de los problemas que nos aquejan seguirán su curso indiscriminadamente”¹⁴.

Teniendo en cuenta la necesidad de proveer al ordenamiento jurídico de un mecanismo ágil y efectivo para la protección de los derechos colectivos, en el año 1995 se inició, nuevamente, ante la Cámara de Representantes el trámite de los proyectos de ley No. 05/95-024/95-084/95, los cuales fueron acumulados y se tramitaron como un solo proyecto, que fue aprobado por la Comisión Primera de la Cámara de Representantes el día 15 de marzo de 1996, y por la plenaria el día 15 de mayo de ese mismo año. Continuando con el trámite legislativo, el proyecto radicado en el Senado con el No. 10/96, fue aprobado el 13 de diciembre de 1996 por la Comisión Primera, y el 11 de junio de 1997 por la plenaria. Sin embargo, el Presidente objetó el proyecto de ley por razones de inconveniencia e inconstitucionalidad, algunas de las cuales fueron aceptadas por la Cámara y el Senado. Pese a ello, subsistieron objeciones por inconstitucionalidad que el cuerpo legislativo consideró infundadas, motivo por el cual la Corte Constitucional procedió a pronunciarse al respecto en la sentencia C – 036 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Las objeciones presidenciales analizadas por la Corte fueron dos: el Art. 9, respecto del cual el Presidente afirmaba que no incluía la hipótesis en que los derechos colectivos estaban siendo vulnerados, es decir, no se refería a la vulneración actual; y el Art. 49, relativo a las acciones de grupo; puesto que de las demás objeciones – Artículos 2, 8 y 87 – no se predicó la voluntad unitaria de Senado y Cámara de insistir, y por tanto la Corte se inhibió de decidir al respecto. Finalmente, la Corte declaró infundadas las objeciones por inconstitucionalidad.

Sólo hasta año de 1998 se promulgó la Ley 472, que reglamentó el ejercicio de las acciones populares para la protección de los derechos colectivos, y entró en vigencia un año después de su promulgación.

De acuerdo con el artículo 2 de la citada Ley, “Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”.

Con el objeto de exponer de manera breve las características de las acciones populares, y de adentrarnos en el tema materia del presente trabajo, abordaremos en principio los derechos que son susceptibles de protegerse mediante acciones populares, las características propias de las acciones populares, y la relación existente entre estas últimas y la acción de tutela.

¹⁴ Proyecto de Ley 020/93. Jaime Córdoba Treviño, citado por **MARTINEZ**, Marianella y **TRUJILLO**, Sara. Las acciones populares en Colombia. Bogotá, 2001, 162 p. Tesis (Abogado). Pontificia Universidad Javeriana. Departamento de Procesal, P. 28.

1.1. DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS Y DERECHOS INDIVIDUALES

A fin de precisar los eventos en los cuales es procedente la interposición de una acción popular, en este acápite identificaremos su razón de ser, es decir, los derechos colectivos. Para ello señalaremos las características de los derechos que son protegidos a través de estos mecanismos, y los diferenciaremos de aquellos para los cuales la Constitución ha previsto una acción diferente, como los derechos que se protegen mediante acciones de grupo, o los que se protegen mediante acciones de tutela, e incluso de los derechos individuales susceptibles de protegerse mediante las acciones ordinarias.

Se denomina “derecho colectivo” a aquel que esta radicado en cabeza de toda la comunidad, pues su afectación o puesta en peligro genera, o tiene la posibilidad de ocasionar, un daño colectivo. Sobre la denominación de derechos colectivos no existe claridad en la doctrina y en la jurisprudencia, “...toda vez que en ocasiones se habla de *intereses difusos*, en otras de *derechos colectivos*, también hay quienes los llaman *intereses de grupo* y otros no dudan en calificarlos como *derechos solidarios*...”¹⁵

Doctrinalmente¹⁶ se denomina *intereses difusos* a aquellos derechos que se encuentran radicados en cabeza de toda la comunidad, y que sólo se concretan en la medida en que surja la amenaza o la vulneración. En cambio, los *derechos colectivos* son aquellos que se encuentran previamente establecidos para un grupo determinado u organizado, que reclama la protección jurídica del derecho ante la violación o la amenaza.

A pesar de la anterior distinción doctrinal de conceptos, la Corte Constitucional estableció que la Constitución “...no distingue, como lo hace la doctrina, entre los intereses colectivos y los intereses difusos, para restringir los primeros a un grupo organizado y los segundos a comunidades indeterminadas, pues ambos tipos de intereses se entienden comprendidos en el término “colectivos””¹⁷.

En nuestro concepto, la unificación de términos que hace la Corte es acertada, pues lo importante no es distinguir entre derechos colectivos e intereses difusos, ya que ambos son susceptibles de protegerse mediante acciones populares, sino entre los derechos colectivos, que a su vez comprenden a los difusos, y los

¹⁵ **CORREA PALACIO**, Ruth Stella, El control judicial de la administración: acciones constitucionales y su alto impacto en la defensa de los intereses colectivos y en las políticas para su defensa. En: Memorias del 2do Seminario Internacional de Gerencia Jurídica Pública, Modulo IV- La Gerencia Jurídica y el Impacto del control judicial, Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., Secretaría General, Dirección Jurídica Distrital, 2005. P. 2.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C 215 de 1999, M.P. Martha SÁCHICA.

derechos individuales, pues dependiendo de que se trate de unos u otros, los mecanismos procesales para su defensa serán distintos.

Si estamos frente a un derecho colectivo lo procedente será ejercer la acción popular, por el contrario, si nos encontramos frente a la vulneración de derechos individuales de un grupo de personas, que en ningún caso puede ser inferior a 20, con origen en una causa común, lo procedente será la acción de grupo¹⁸. Igualmente en el caso de los derechos individuales, cuando estos sean derechos constitucionales fundamentales, y se encuentren vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particulares con función pública, sin que exista otro mecanismo procesal idóneo para su defensa, lo correcto será acudir a la acción de tutela; y cuando estos sean legales o constitucionales, pero no fundamentales, y el daño no sea ocasionados a un número plural de personas, o no tenga origen en una causa dañosa común, o cuando las personas que sufrieron un daño con origen en una causa común no sean 20 o más de 20, lo procedente será acudir a las acciones ordinarias que consagra el ordenamiento.

Los derechos colectivos protegidos por las acciones populares son aquellos que se encuentran radicados en cabeza de toda la comunidad, como el medio ambiente, que no pertenece a ninguna persona en particular, es decir, son derechos que no le pertenecen a nadie y le pertenecen a todos al mismo tiempo.

En efecto, mientras los daños colectivos son aquellos que no afectan a personas en particular, sino a una comunidad entera, los daños individuales son aquellos que afectan los bienes patrimoniales y extramatrimoniales de personas determinadas. (...) Si se contaminan las aguas de un río y se acaba la pesca, se producirán dos tipos de perjuicios: de un lado toda la comunidad riberaña sufrirá el daño colectivo que solo se indemniza tratando de devolverle al río su equilibrio ecológico. Y los pescadores que vivían de la pesca del río, sufrirán daños individuales si por la contaminación la pesca se acaba, perdiendo así su fuente de ingresos económicos. Ambos daños son indemnizables, pero el primero de ellos lo será mediante el mecanismo de las acciones populares.¹⁹

En virtud de la relevancia de la distinción entre los derechos que son susceptibles de protegerse mediante acciones populares, y los que lo son mediante acciones de grupo, la Corte Constitucional, en sentencia de constitucionalidad, estableció:

¹⁸ Ley 472 de 1998, Art. 3º: “ACCIONES DE GRUPO. Son aquellas acciones interpuestas por un número plural de personas o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas.

La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios”.

¹⁹ **TAMAYO JARAMILLO**, Javier. Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil. Bogotá: Baker y McKenzie Editores, 2001. P. 30 y 31.

(...) Si bien tanto la acción de grupo como la acción popular son acciones colectivas (CP art. 88), que superan las limitaciones de los esquemas procesales puramente individualistas para la protección de los derechos, sin embargo se distinguen al menos en dos aspectos: De un lado, en su finalidad, pues la acción popular tiene un propósito esencialmente preventivo, mientras que la acción de grupo cumple una función reparadora o indemnizatoria, por lo que la primera no requiere que exista un daño sobre el interés protegido, mientras que la segunda opera una vez ocurrido el daño, ya que precisamente pretende reparar dicho perjuicio²⁰. De otro lado, dichas acciones también se diferencian en los derechos o intereses protegidos, pues la acción popular ampara esencialmente derechos e intereses colectivos, mientras que la acción de grupo recae sobre la afectación de todo tipo de derechos e intereses, sean éstos colectivos o individuales, ya que ella es un instrumento procesal colectivo, pero que busca reparar los daños producidos a individuos específicos.²¹

Los derechos colectivos, como ya lo mencionamos, le pertenecen a la comunidad en general, sin embargo debido a la carencia de personería jurídica de esta última, las acciones populares dirigidas a preservar un derecho colectivo determinado, pueden ser ejercidas por cualquier persona perteneciente a la comunidad que ha sufrido el agravio, quien al proteger el derecho colectivo protege a la vez su propio interés.

La idea de derecho colectivo excluye la posibilidad de que la acción popular se inicie con fundamento en intereses subjetivos, pues el derecho colectivo le corresponde a cada miembro de la comunidad en una cuota igual a la de los demás miembros, pero ninguna persona podrá ejercer su derecho desconociendo el derecho de los demás, pues la naturaleza del derecho colectivo hace que este le pertenezca a toda la comunidad de manera compartida, casi podría decirse que le pertenece en indivisión; así el derecho a un medio ambiente sano o el equilibrio ecológico no le pertenecen a un ciudadano en particular, le pertenecen y encuentran su razón de ser en la comunidad; entonces, si un ciudadano interpone una acción popular en defensa del medio ambiente lo hace como miembro de una colectividad, más no acciona como un sujeto individualmente considerado en el sentido tradicional, es decir con intereses subjetivos e individuales.

Así, Mauro Cappelletti afirma:

²⁰ Sobre estas distinciones, ver, entre otras, las sentencias SU-067 de 1993, T-244 de 1998, T-046 de 1999, C-215 de 1999 y C-1062 de 2000.

²¹ **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C – 569 de 2004, M.P. Dr. Rodrigo Uprimny Yepes.

(...) Nuestra época, ya lo hemos visto, empuja violentamente al primer plano de nuevos intereses “difusos”, de nuevos derechos y deberes que, sin ser públicos en el sentido tradicional de la palabra, son “colectivos”; sin embargo, nadie es titular de ellos al mismo tiempo que todos, o todos los miembros de un grupo dado, de una clase o de una categoría, son los titulares de ellos. ¿A quién le pertenece el aire que respiro? El antiguo ideal de la iniciativa procesal centralizada a la manera de un monopolio entre las manos del solo sujeto al cual “pertenece” el derecho subjetivo, se revela impotente ante derechos que pertenecen al mismo tiempo a todos y a nadie²²

Como conclusión de esta primera parte, podemos decir que los derechos colectivos que pueden protegerse mediante acciones populares se identifican y diferencian de los demás derechos, por lo siguiente: los derechos colectivos son aquellos que poseen todos los miembros de la comunidad en indivisión y que, por tanto, no son propiedad de ningún ciudadano en particular; así mismo, son aquellos derechos que de ser vulnerados o puestos en peligro afectan a toda la colectividad, sin excluir los perjuicios que pueda sufrir un ciudadano en particular; por el contrario, los derechos individuales se encuentran radicados en cabeza de cada ciudadano, y la indemnización derivada del menoscabo de cualquier derecho individual será únicamente para su titular²³. “La doctrina comparada habla de que el objeto de las acciones de grupo es proteger “intereses de grupo con objeto divisible”, o “intereses plurisubjetivos”, o “derechos o intereses subjetivos homogéneos”, a diferencia de las acciones populares en las que se protegen intereses de grupo con objeto indivisible o derechos colectivos en sentido estricto: los intereses colectivos y los intereses difusos”²⁴. Entonces, mientras los derechos colectivos se protegen mediante acciones populares, los derechos individuales, siempre que sea en un número de individuos superior a veinte y que la vulneración del derecho tenga origen en una causa común, se protegerán mediante acciones de grupo.

Finalmente, es posible afirmar que el sistema de acciones populares y acciones de grupo del Derecho Colombiano, tiene algunos elementos similares a los establecidos en el sistema anglosajón, donde existen las acciones de clase – *class*

²² **CAPPELETTI**, Mauro. La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civile – Métamorphoses de la procédure civile-, Revue Internationale de Droit Comparé- RICD, janvier-mars, 1975, conferencia pronunciada el 14 de marzo de 1975 ante la Asamblea General de la Sociedad de Legislación Comparada, en, p. 596 y ss.; Cita tomada de **CORREA PALACIO**, Ruth Stella, Op. Cit., P. 2.

²³ En el mismo sentido Bujosa Vadell expresa: “...por un lado nos encontraríamos con un grupo de intereses propiamente individuales, referidos a los bienes divisibles, susceptibles de apropiación y goce diferenciados, pero que por razones de protección se unen y, por otro lado (...) los intereses difusos y colectivos, propiamente dichos, referidos a bienes no susceptibles de apropiación exclusiva, son intereses de cada uno y a la vez de todos los miembros del grupo, en los que todos son titulares pero ninguno es titular en sentido clásico...”. **BUJOSA VADELL**, Lorenzo-Mateo, La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, Editorial José Maria Bosch, primera edición, Barcelona, 1995, Pág. 81; Cita tomada de **CORREA PALACIO**, Ruth Stella, Op. Cit., P. 8.

²⁴ **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C – 569 de 2004, M.P. Dr. Rodrigo Uprimny Yepes.

action- para proteger sectores específicos de la población, equivalentes a las acciones de grupo en el Derecho Colombiano; y las acciones ciudadanas – *citizen action-* para proteger los intereses de toda la comunidad, semejantes a las acciones populares.

1.2. CARACTERÍSTICAS DE LAS ACCIONES POPULARES

Las acciones populares, como mecanismos procesales para proteger los derechos colectivos, ostentan las siguientes características:

1.2.1. Carácter público.

El carácter público de las acciones populares tiene diferentes implicaciones frente a la legitimación en la causa por activa, el interés con que se ejerce la acción y el pago de las indemnizaciones.

Frente a la legitimación en la causa por activa, podemos decir que en virtud de la naturaleza de los derechos que protegen las acciones populares, estas pueden ser ejercidas por cualquier persona perteneciente a la comunidad.

En primer término es necesario mencionar cuáles son las características que se derivan de la naturaleza de los derechos colectivos, para comprender la titularidad de los mismos. Los derechos colectivos se identifican porque se ejercen por las personas que conforman la colectividad de manera idéntica, uniforme y compartida, lo cual significa que ninguna persona puede ser excluida por otra u otras en el goce de dichos derechos.

La Corte Constitucional, en sentencia C – 569 de 2004, asimiló la naturaleza de los derechos colectivos con el concepto de “bien público”, estableciendo que unos y otros se caracterizan porque hay ausencia de rivalidad en el consumo, es decir que el goce de una persona no excluye del goce a los demás y que por ende el uso y goce por parte de varias personas no disminuye la disponibilidad para otros; también se identifican porque se aplica el principio de no exclusión, en el entendido de que tanto el derecho colectivo como el bien público, se protegen o salvaguardan para todos o no se protegen o no se salvaguardan para nadie, de igual manera, si se encuentran protegidos, todos podrán beneficiarse de ellos, por el contrario su afectación tiene un impacto sobre toda la comunidad, pues no es posible excluir a ninguna persona perteneciente a la colectividad titular del derecho, del uso y goce del bien público o del derecho colectivo.

A su vez, el Consejo de Estado estableció que “(...) el derecho colectivo (...) no se deduce en su existencia porque varias personas estén en una misma situación ni

porque se acumulen situaciones parecidas de varios sujetos, ni porque se sumen; el derecho colectivo es aquel que recae sobre una comunidad entera a diferencia del derecho individual que es el que recae sobre una persona determinada.”²⁵

Una vez comprendida la naturaleza de los derechos colectivos, pasamos a analizar la legitimación en la causa por activa de las acciones populares.

El artículo 12 de la Ley 472 de 1998 establece que las acciones populares podrán ser ejercidas por cualquier persona natural o jurídica, por organizaciones no gubernamentales, organizaciones populares, cívicas o de índole similar; por las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración de derechos o intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión; y por el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y municipales, en lo relacionado con su competencia.

La Corte Constitucional, en sentencia C – 215 de 1999, M.P. Martha SÁCHICA, manifestó que “ (...) a diferencia de las acciones individuales, cuyo ejercicio radica en cabeza de un sujeto que bien puede decidir instaurarlas o no, la posibilidad de acceder a la justicia para hacer cesar la amenaza o violación de un derecho colectivo, existe para una pluralidad de personas que por pertenecer a la comunidad afectada, tienen el mismo derecho a ejercer dicha acción judicial”²⁶; es decir que, para esta Corporación, la legitimación en la causa por activa se deriva de la pertenencia del sujeto que instaura la acción a la comunidad titular del derecho colectivo vulnerado o puesto en peligro. Todas las personas pertenecientes a dicha comunidad estarán legitimadas para interponer la acción popular por el sólo hecho de pertenecer a ella, pues la pertenencia a la colectividad hace que todos sus miembros posean el derecho colectivo en indivisión, obteniendo, con la protección del derecho colectivo, la protección de su propio interés.

En pronunciamiento similar, y confirmando lo expuesto en la sentencia C – 215 de 1999, la Corte señaló: “Por su finalidad pública se repite, las Acciones Populares no tienen un contenido subjetivo o individual, ni pecuniario y no pueden erigirse sobre la preexistencia de un daño que se quiera reparar, ni están condicionadas por ningún requisito sustancial de legitimación del actor distinto de su condición de parte del pueblo.”²⁷

²⁵ **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez, Sentencia proferida el diez (10) de febrero de dos mil cinco (2005), Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01, Referencia: AP 00254.

²⁶ **CORTE CONSTITUCIONAL**, C – 215 de 1999, M.P. Martha SÁCHICA.

²⁷ **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia T – 482 de 1994, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz, Santafé de Bogotá, D.C., octubre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Esta posición es compartida en principio por el Consejo de Estado, cuando manifiesta que:

Se trata de derechos que responden a la urgencia de satisfacer necesidades colectivas y sociales, y que son ejercidos por los miembros de los grupos humanos de una manera idéntica, uniforme y compartida²⁸. Obviamente, porque no hay otra opción, quienes ejercen los derechos colectivos son los individuos, pero, por una parte, no lo hacen de manera exclusiva y excluyente, y, por otra, no lo hacen por ser sus titulares directos, sino porque pertenecen a la comunidad que se identifica por el respectivo interés.²⁹

Sin embargo, en el mismo pronunciamiento del 20 de septiembre del 2001, el Consejo de Estado afirma:

El carácter público de la acción popular supone una legitimación por sustitución que se deriva de la función social de esa institución: Lo primero que debe explicarse es que en este tipo de acciones hay un ente que lleva el problema al juez, y otro, distinto, que es la colectividad, titular de los derechos colectivos comprometidos en el caso. Ello lleva a la segunda cuestión: a qué título actúa el primero? La respuesta, siguiendo al profesor Silguero, está en la legitimación por sustitución, en la que “un sujeto (sustituto), actuando en su propio nombre e interés, pretende en el proceso la tutela jurisdiccional de un derecho o interés legítimo de otro sujeto (sustituido)” El primero, aclara el mencionado autor, no actúa para él mismo, sino para la comunidad que es titular del interés difuso comprometido. En definitiva, dice, “lo que se produce es un desplazamiento de la legitimación”. Así lo ha previsto nuestro legislador al disponer que cualquiera puede ejercer la acción, sin hacer más precisiones.³⁰

Me permito disentir de la posición expresada por el Consejo de Estado, pues a mi juicio este no es un caso de legitimación por sustitución, pues si bien se afirma que el titular de los derechos colectivos es la comunidad, no tendría sentido entenderla como un ente abstracto, pues ésta únicamente encuentra su razón de ser en función de las personas que la conforman, quienes son titulares de los derechos colectivos de manera idéntica, uniforme y compartida. En mi concepto, no es necesario acudir a una ficción jurídica, pues simplemente las personas pertenecientes a la comunidad, que poseen un derecho colectivo en indivisión, al interponer la acción popular, protegen el interés de la colectividad y su propio

²⁸ En ese sentido, Consejo de Estado, sentencia de 1 de junio de 2000, exp. AP – 043

²⁹ **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de septiembre de 2001, Rad. No. 25000-23-27-000-2001-0395-01(AP-182), C.P. Alier Hernández Enríquez.

³⁰ *Ibid.*

interés, como partes de un todo. No existe una duplicidad de personas entre las cuales se haga necesaria la sustitución, simplemente los derechos de la colectividad se concretan en las personas que la conforman, quienes ejercen la acción popular no como sujetos individualmente considerados, sino como parte de la colectividad, motivo por el cual, no se podría pensar que una parte del cuerpo es distinta del mismo, pues cada parte conforma finalmente un todo, sin existir dualidad alguna. Es más, la única manera de que los derechos de la colectividad sean efectivos, es otorgándoles por igual, a las personas que la conforman, la posibilidad de accionar, pues la primera carece de la personería para hacerlo³¹.

En concordancia con lo expuesto, la Corte Constitucional afirmó:

Ese carácter público, implica que el ejercicio de las acciones populares supone la protección de un derecho colectivo, es decir, de un interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares. No obstante, suponen la posibilidad de que cualquier persona perteneciente a esa comunidad, pueda acudir ante el juez para defender a la colectividad afectada, con lo cual se obtiene de manera simultánea, la protección de su propio interés.³²

Finalmente, parecería que el Consejo de Estado se aparta de la ficción de la legitimación por sustitución, y reconoce que la acción popular es una acción pública en virtud de la naturaleza de los derechos que protege – derechos colectivos-, cuando afirma:

Lo dicho – Legitimación por sustitución- tiene un fundamento que supera o sale del derecho procesal y que se refiere, como se anunció, a la función social y política de la acción popular... Por eso, dado que, por una parte, la acción popular tiene efectos por fuera del proceso consistentes en la legitimación del sistema -objeto de la función pública de la sociedad- y, que, por otra, el ejercicio de la acción popular es una manera eficaz de participación -derecho y deber de todos-, cualquiera puede y, en teoría, debe ejercer la acción mencionada cuando encuentre que se amenaza o vulnera un derecho colectivo.³³

³¹ “Los derechos colectivos no son una suma de derechos individuales de quienes integran la comunidad sino que son los derechos de ésta; cosa distinta es que uno de sus integrantes, y por pertenecer a la comunidad, puede iniciar la acción popular a fin de lograr la protección de los derechos e intereses colectivos de la comunidad.” **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de febrero de dos mil siete (2007), Radicación número: AP-760012331000200500549 01, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

³² **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C 215 de 1999, M.P. Martha SÁCHICA.

³³ **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de septiembre de 2001, Rad. No. 25000-23-27-000-2001-0395-01(AP-182), C.P. Alier Hernández Enríquez.

Ratificando lo expuesto, en pronunciamientos posteriores el Consejo de Estado se aleja de la figura de la legitimación por sustitución, y hace referencia a la existencia de una legitimación colectiva derivada de la naturaleza de los derechos e intereses colectivos, que en caso de ser vulnerados o puestos en peligro afectan a un número plural de personas, sin excluir la existencia de perjuicios individuales; así esta Corporación, refiriéndose a los derechos de los consumidores, afirmó: “(...)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).”³⁴

Continuando con el orden trazado para la exposición del tema, debemos decir que el carácter público de las acciones populares y la naturaleza de los derechos que protegen, también se manifiesta frente al pago de las indemnizaciones derivadas de la condena en el ejercicio de la acción popular.

De acuerdo con el art. 34 de la Ley 472 de 1998, la sentencia que acoja las pretensiones del actor popular “...podrá condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo...”. Es necesario mencionar que dicha sentencia no solamente profiere condenas referentes al pago de perjuicios, sino que también, a tenor del art. 34, podrá contener una orden de hacer o de no hacer, con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado, y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron origen a la vulneración o amenaza de los derechos e intereses colectivos; también podrá exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior de la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere posible; y fijará el monto del incentivo para el actor popular. Este tema será abordado con mayor profundidad cuando se haga referencia al carácter preventivo de la acción popular y a la influencia de las acciones populares en la estabilidad de los actos y contratos de la administración, limitándonos en esta parte al análisis de la condena al pago de perjuicios.

La indemnización producto de la acción popular deberá ser pagada a la entidad encargada de administrar el bien colectivo dañado, pues como ya lo mencionamos, el derecho colectivo tutelado mediante acciones populares no le pertenece a nadie y le pertenece a todos al mismo tiempo, lo cual impide establecer una indemnización específica a favor de una persona determinada. Por oposición, la acción de grupo busca obtener exclusivamente el pago de la

³⁴ **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del diez (10) de febrero de dos mil cinco (2005), Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01, Referencia: AP 00254 Acción Popular, Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez

indemnización de perjuicios a los titulares de los derechos individuales vulnerados por una causa común.

En concordancia con lo expuesto, el Consejo de Estado manifestó:

La acción de grupo es, entonces, una acción exclusivamente indemnizatoria, diferente de las demás de su naturaleza por sus requisitos especiales de procedencia relacionados con las calidades del grupo que está legitimado para ejercerla y beneficiarse de la sentencia, y por el tipo especial de indemnización global del daño. El daño que indemniza el juez de grupo puede ser derivado de la afeción a un derecho individual o colectivo. Por su parte, como se dijo, el juez popular está habilitado para condenar al pago de una indemnización por los perjuicios causados a un interés o derecho colectivo, pero la ley condiciona la procedencia de esa condena al hecho de que pueda hacerse a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo. En otros términos, la ley admite que la acción popular tiene un carácter indemnizatorio especial, que, por supuesto, está concebido dentro de su finalidad, que es la protección y garantía de los intereses colectivos: la indemnización es para reparar el daño que se causó de manera directa al derecho colectivo y no para la reparar los daños que mediatamente se causaron a los derechos individuales de los miembros de la comunidad afectada, por eso, el dinero sólo puede entregarse a la entidad que tiene a su cargo la protección del derecho.³⁵

Además, no debemos olvidar que el ejercicio de la acción popular tiene como fin obtener el cese de la amenaza o de la vulneración del derecho colectivo, así como su restablecimiento si es posible, y la adopción de medidas de prevención con el fin de evitar nuevas amenazas y vulneraciones; excluyendo de esta manera motivaciones meramente subjetivas o particulares, sin desconocer que el actor popular al instaurar la acción protege su propio interés y el de la comunidad.

En consecuencia, las indemnizaciones que se establezcan en la sentencia no están dirigidas a reparar perjuicios individuales, sino daños colectivos derivados de la vulneración o puesta en peligro de un derecho que les pertenece a todos los miembros de la comunidad en indivisión. En atención a que el daño producido o la amenaza son colectivos, la reparación mal podría ser individual.

³⁵ **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de septiembre de 2001, Rad. No. 25000-23-27-000-2001-0395-01(AP-182), C.P. Alier Hernández Enríquez.

1.2.2. Naturaleza preventiva.

Debemos iniciar señalando que las acciones populares tienen naturaleza preventiva, aunque no ostentan de manera exclusiva y excluyente esta calidad, pues de conformidad con la Ley 472 de 1998, también pueden ser reparatorias e indemnizatorias.

Las acciones populares tienen naturaleza preventiva pues no requieren la existencia de un daño o perjuicio para su interposición, ya que es suficiente la simple amenaza de un derecho o interés colectivo – daño contingente –; en este sentido el Consejo de Estado afirmó: “(...) La prosperidad de las pretensiones en la acción popular está ligada con la existencia real de los siguientes elementos, que para el momento de fallar deben estar establecidos: La acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares y la amenaza o la violación a derechos e intereses colectivos”³⁶.

En función del carácter preventivo de las acciones populares surgió un debate jurisprudencial que en definitiva es aparente, pues como ya lo manifestamos, el Art. 34 de la Ley 472 de 1998 zanjó todo tipo de discusión sobre el carácter exclusivamente preventivo de las acciones populares, al señalar que el juez podrá en su sentencia emitir ordenes de hacer o de no hacer con el fin de obtener, no solamente el cese de la amenaza, sino también el cese de la vulneración del derecho o interés colectivo; de la misma manera podrá condenar al pago de perjuicios frente a la ocurrencia de un daño del derecho o interés colectivo, y podrá exigir la restitución del derecho o interés colectivo dañado, cuando fuera posible.

Sin embargo, la Ley 472 de 1998 mantuvo como una característica de las acciones populares la naturaleza preventiva, sin que sea inviable interponer la acción cuando el daño ya se hubiese producido.

La Corte Constitucional en sentencia No. 67/93 de 24 de febrero de 1993, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón, y en sentencia T – 482 de 1994, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz, manifestó que:

Característica fundamental de las Acciones Populares previstas en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Nacional, es la que permite su ejercicio pleno con carácter preventivo, pues, los fines públicos y colectivos que las inspiran, no dejan duda al respecto y en consecuencia no es, ni puede

³⁶ **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del diez (10) de febrero de dos mil cinco (2005), Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01, Referencia: AP 00254 Acción Popular, Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

ser requisito para su ejercicio el que exista un daño o perjuicio sobre los derechos que se pueden amparar a través de ellas. Desde sus más remotos y clásicos orígenes en el Derecho Latino fueron creadas para prevenir o precaver la lesión de bienes y derechos que comprometen altos intereses sobre cuya protección no siempre cabe la espera del daño. En verdad, su poco uso y otras razones de política legislativa y de conformación de las estructuras sociales de nuestro país, desdibujaron en la teoría y en la práctica de la función judicial esta nota de principio. Los términos del enunciado normativo a que se hace referencia en este apartado, no permiten duda alguna a la Corte sobre el señalado carácter preventivo, y se insiste ahora en este aspecto dadas las funciones judiciales de intérprete de la Constitución que corresponden a esta Corporación.

Fue en función de estos pronunciamientos que surgió la afirmación del carácter exclusivamente preventivo de las acciones populares; sin embargo, con la expedición de la Ley 472 de 1998 y con la aparición de nuevas sentencias, la afirmación antedicha fue atenuada, al admitir que el carácter preventivo no excluye el carácter restitutorio o indemnizatorio de las acciones populares, dependiendo del caso en concreto. Es más, aún con anterioridad a los eventos mencionados, la Corte Constitucional en sentencia T – 325 de 1994, ya había señalado que “(...) si bien las acciones populares gozan de un carácter preventivo, en el caso concreto no se ha demostrado que exista un daño consumado que haga improcedente su uso. Y de existir ya un daño, esta acción sigue siendo procedente con el objeto de prevenir su extensión o repetición”.

Posteriormente, en la sentencia C – 215 de 1999, la Corte Constitucional aclaró su posición y manifestó que si bien las acciones populares tienen naturaleza preventiva, también buscan el restablecimiento del uso y goce los derechos e intereses colectivos, por lo que también tienen carácter restitutorio.

Finalmente, el Consejo de Estado, recogiendo el tenor literal del Art. 34 de la Ley 472 de 1998, señaló:

La acción popular puede ser preventiva, reparatoria e indemnizatoria según el caso concreto. La idea de que es únicamente, o al menos principalmente preventiva, es equivocada, pero se explica porque la Corte Constitucional, antes de la expedición de la ley 472, sostuvo repetidamente que la acción popular era preventiva y que, con ella, jamás podría pretenderse la reparación de daños individuales o colectivos. Ahora bien, la ley admite que la acción popular tiene un carácter indemnizatorio especial, que, por supuesto, está concebido dentro de su finalidad, que es la protección y garantía de los intereses colectivos: la indemnización es para reparar el daño que se causó de manera directa al derecho colectivo y no para la reparar los daños que mediatamente se causaron a los derechos individuales de los miembros de la

comunidad afectada, por eso, el dinero sólo puede entregarse a la entidad que tiene a su cargo la protección del derecho. (...) La acción popular, tal como lo prevé el artículo 2º de la ley 472 de 1998, se puede ejercer para evitar un daño contingente, para hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio de un derecho o interés colectivo, o para restituir las cosas a su estado anterior siempre que sea posible. Además, de acuerdo con el artículo 34 de la misma ley, el juez de la acción popular puede condenar al pago de perjuicios, cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo, en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo. (...) Dada la claridad de los preceptos referidos, la única interpretación válida de la ley 472, en lo atinente a la naturaleza de la acción popular, será aquella que atienda absolutamente su tenor literal. En consecuencia, cualquier interpretación que condicione los alcances restitutorios de estas acciones, o cualquiera que niegue su naturaleza indemnizatoria pese a que se cumplan los requisitos previstos en la norma para que ella se concrete en un caso determinado, supondrá una separación grosera del querer del legislador en sacrificio del deber constitucional de procurar la eficacia de los derechos.³⁷

En conclusión, las acciones populares proceden para evitar un daño contingente a un derecho o interés colectivo, para detener la vulneración del mismo, para solicitar la indemnización por los daños causados y para obtener la restitución de los derechos e intereses colectivos en la medida de lo posible.

1.2.3. Protección exclusiva de derechos colectivos.

Teniendo en cuenta que hemos explicado con suficiencia la naturaleza de los derechos colectivos, así como las diferencias existentes entre los derechos colectivos y los derechos individuales, y los mecanismos de protección de unos y otros, en este aparte me referiré a los derechos colectivos que la legislación protege mediante acciones populares.

El artículo 4 de la Ley 472 de 1998 establece, a manera enunciativa, no taxativa, como derechos e intereses colectivos a los siguientes: el goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias; la moralidad administrativa; la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; la conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente; el goce del espacio público y la

³⁷ **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de septiembre de 2001, Rad. No. 25000-23-27-000-2001-0395-01(AP-182), C.P. Alier Hernández Enríquez.

utilización y defensa de los bienes de uso público; la defensa del patrimonio público; la defensa del patrimonio cultural de la Nación; la seguridad y salubridad públicas; el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; la libre competencia económica; el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; la prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos; el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes; y los derechos de los consumidores y usuarios.

De igual manera, el mencionado artículo establece que son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia. Dicho reconocimiento abre paso a dos situaciones: en primer término, permite la introducción al ordenamiento jurídico de nuevos de derechos colectivos derivados del surgimiento de nuevas realidades o necesidades sociales a nivel nacional o internacional; y en segundo término, en concordancia con lo dispuesto por el Art. 45 de la Ley 472 de 1998³⁸, mantiene vigentes los derechos colectivos consagrados en disposiciones normativas anteriores a la promulgación de la Ley 472 de 1998. En este sentido el doctrinante Javier Tamayo Jaramillo afirmó:

Esta última ley – Ley 472 de 1998- regula el ejercicio de las acciones populares entendidas como la defensa general de los derechos e intereses colectivos, incluyendo y no derogando, las acciones populares especiales preexistentes hasta la fecha de su entrada en vigencia. En consecuencia, el trámite de la Ley 472 de 1.998 se aplica a las acciones populares previstas en los artículos 1.005 y 2.359 del Código Civil, en la citada Ley 9 de 1.989, en el Decreto 2.303 de 1.989 y en el Decreto 2.400 del mismo año, relativos todos a la protección del medio ambiente.³⁹

Igualmente, la Corte Constitucional, en sentencia C- 215 de 1999, expresó:

Otras acciones populares existentes en nuestro ordenamiento, como las reguladas por el Código Civil, la ley de reforma urbana y el estatuto financiero, no desaparecen en la medida en que su trámite y procedimiento se debe

³⁸ **ARTICULO 45.** APLICACION. Continuarán vigentes las acciones populares consagradas en la legislación nacional, pero su trámite y procedimiento se sujetarán a la presente ley.

³⁹ **TAMAYO JARAMILLO**, Javier. Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil. Bogotá: Baker y McKenzie Editores, 2001. Pág. 39

sujetar a las normas generales previstas en esta ley y por tanto, no se oponen al ordenamiento constitucional, sino que por el contrario, se multiplican para formar un amplio conjunto de instrumentos de protección de los derechos de las personas y en particular, de la comunidad. De igual forma, es preciso manifestar que las acciones populares previstas en distintas legislaciones para la protección de los derechos colectivos, en la medida en que no violan el artículo 88 de la Constitución, ni se oponen a la ley 472 de 1998, encuadran dentro del ordenamiento jurídico y se convierten en mecanismos específicos aplicables a situaciones especiales.

Sin embargo, y por oposición a la mencionada apertura del ordenamiento a nuevas realidades, no todo derecho que ostente naturaleza colectiva es susceptible de protegerse *per se* mediante acciones populares. Así lo estableció el Consejo de Estado al señalar que:

Resulta (...) claro que mientras no se haya producido su reconocimiento legal, no se puede considerar que un interés determinado, así tenga carácter general, revista la naturaleza de colectivo; por consiguiente, sólo será derecho colectivo susceptible de ser amenazado o vulnerado por la acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares, aquél que, reuniendo las características propias del interés colectivo, esté reconocido como tal por la ley, la constitución o los tratados internacionales⁴⁰.

Con fundamento en este argumento, en la misma sentencia se sostuvo que los derechos colectivos vulnerados o puestos en peligro con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 472 de 1998, en la actualidad sólo serán susceptibles de protegerse mediante acciones populares si se encontraban consagrados como tales en la ley, es decir, solamente si tenían el carácter legal de derechos colectivos al momento de ocurrencia de los hechos, y si además, contaban con el desarrollo legal previo de una acción popular que permitiera la efectividad de tal derecho, pues la aplicación de la Ley 472 de 1998 no es retroactiva.

Además, es importante mencionar que el Art. 89 de la Constitución faculta al legislador para establecer nuevos recursos, acciones y procedimientos, diferentes de los consagrados, a fin de garantizar por la protección de los derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.

⁴⁰ **CONSEJO DE ESTADO**, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de quince (15) de agosto de dos mil siete (2007), Radicación número: AP-25000-23-26-000-2003-00689-01, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

1.2.4. No tienen carácter excepcional ni subsidiario, sino principal y autónomo⁴¹.

A diferencia de la acción de tutela, las acciones populares no tienen carácter excepcional, pues son procedentes siempre que exista una vulneración o amenaza, por acción u omisión de un particular o de una autoridad pública, frente a un derecho colectivo.

Además, tienen carácter principal, pues la existencia de otros medios de defensa no hace improcedente la interposición de las acciones populares. Así lo dispone el art. 10 de la Ley 472 de 1998, frente a las amenazas o violaciones de los derechos o intereses colectivos por parte de la administración, cuando establece que no será necesario interponer previamente los recursos administrativos para intentar la acción popular.

De la misma manera, la jurisprudencia ha establecido que “(...) la existencia de mecanismos de defensa individual de los derechos subjetivos (...), no excluye en manera alguna la procedencia de las acciones judiciales para la defensa colectiva de los derechos difusos (...)”⁴².

Por último, es importante señalar que frente a la procedencia de las acciones populares cuando estén en curso o puedan proponerse acciones penales, fiscales y disciplinarias, la jurisprudencia ha establecido lo siguiente:

Ninguna de esas decisiones tiene virtud para hacer cesar el proceso de la acción popular, pues ésta ha sido consagrada por el constituyente, y desarrollada por el legislador como un mecanismo judicial de protección de los derechos colectivos, los cuales, por su naturaleza, son independientes de la responsabilidad personal, penal, disciplinaria y civil de los servidores públicos.

La Sala 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 del caso.

⁴¹ **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del diez (10) de febrero de dos mil cinco (2005), Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01, Referencia: AP 00254, Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez

⁴² *Ibíd.*

Se trata, pues, de mecanismos judiciales independientes con propósitos, también, distintos.⁴³

1.2.5. Caducidad de las acciones populares.

Inicialmente el Art. 11 de la Ley 472 de 1998 estableció que las acciones populares podían intentarse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro del derecho o interés colectivo, pero señaló una salvedad en los eventos en que la acción popular estaba dirigida a volver las cosas a su estado anterior, es decir cuando la pretensión era restitutoria, pues en este caso solamente podía interponerse en los cinco (5) años siguientes a la acción u omisión que produjo la vulneración del derecho o interés colectivo.

Mediante sentencia C – 215 de 1999, M.P. Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez, la Corte Constitucional declaró inexecutable la caducidad frente a las pretensiones restitutorias, pues a juicio de esa Corporación dicha limitación carece de fundamento razonable. Al respecto, la Corte Constitucional afirma:

Si bien es cierto que el legislador ha sido investido por la Constitución de un amplio margen de configuración en materia de regulación de los procedimientos, en especial, en cuanto tiene que ver con los términos procesales y que en el caso específico de las acciones populares, el artículo 88 de la Carta Política nada señaló respecto de esos términos, también lo es que esa discrecionalidad no es absoluta, en la medida en que tales regulaciones no deben carecer de razonabilidad, de manera que no se desconozcan los principios y derechos fundamentales, al debido proceso, defensa y al acceso a la administración de justicia para hacer efectivos derechos constitucionales, de conformidad con lo preceptuado por los artículos 2o., 29 y 229 del estatuto fundamental.

No se desconoce tampoco, que los plazos que puede fijar el legislador para ejercer acciones judiciales mediante instrumentos como la caducidad y la prescripción de la acción, pueden justificarse en la mayoría de los casos, por razones de seguridad jurídica, de eficiencia en la administración de justicia y del cumplimiento del deber ciudadano de colaborar con ésta. Sin embargo, cuando se trata de derechos fundamentales, es decir, imprescriptibles, no

⁴³ **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández E., Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil uno (2001), Radicación número: AP-166. En el mismo sentido ver sentencia proferida por el **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Bogotá, D.C., 6 de septiembre de 2001, Radicación número: AP – 163.

puede someterse su ejercicio o protección a que por el transcurso del tiempo y la negligencia de uno de los titulares de un derecho colectivo perteneciente a todos y cada uno de los miembros de la comunidad afectada, se extinga la posibilidad de instaurar la acción que la Constitución ha consagrado en favor de una colectividad.

Por tal motivo, es que de manera acertada y acorde con el ordenamiento constitucional, el artículo 11 de la Ley 472 de 1998, consagra la regla general según la cual la acción popular puede promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo, sin límite de tiempo alguno. No obstante, encuentra la Corte, que la excepción que en la misma disposición se prevé cuando la acción se dirige a " volver las cosas a su estado anterior", en cuanto establece un plazo de cinco (5) años para instaurarla, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración, desconoce el debido proceso y el derecho de acceso a la administración de justicia, de los miembros de la comunidad que se ven afectados en sus derechos e intereses colectivos.

Es evidente que no se trata de la protección de meros derechos subjetivos o intereses particulares, sino que la acción popular versa sobre cuestiones de tal entidad, que su vulneración pone en peligro o ataca bienes tan valiosos para la sociedad, como la vida, la salud, el ambiente sano, el equilibrio ecológico, la seguridad, patrimonio y moralidad pública no de una persona, sino de toda una colectividad. A diferencia de las acciones individuales, cuyo ejercicio radica en cabeza de un sujeto que bien puede decidir instaurarlas o no, la posibilidad de acceder a la justicia para hacer cesar la amenaza o violación de un derecho colectivo, existe para una pluralidad de personas que por pertenecer a la comunidad afectada, tienen el mismo derecho a ejercer dicha acción judicial. Mientras subsista la vulneración a un derecho o interés colectivo y exista la posibilidad de volver las cosas al estado anterior para hacer cesar esa violación, cualquiera de los miembros del grupo social debe tener la oportunidad de acudir a la justicia, para obtener esa protección. De igual manera, la conducta de quienes han actuado en perjuicio de intereses y derechos colectivos no puede quedarse sin sanción.

Carece entonces de fundamento razonable y por lo mismo violatorio de derechos y principios constitucionales, el que a pesar de que exista la probabilidad de subsanar y hacer cesar una situación que afecta derechos esenciales de una comunidad presente o futura, se cierre la oportunidad para cualquiera de los sujetos afectados de actuar en su defensa, al establecer un término de caducidad cuando se demanda el restablecimiento de las cosas al estado anterior a la violación del derecho, mientras ello fuere físicamente posible.⁴⁴

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C – 215 de 1999, M.P. Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez

En el mismo pronunciamiento, a diferencia de lo acontecido con las acciones populares, la caducidad de las acciones de grupo, contenida en el Art. 47 de la Ley 472 de 1998⁴⁵, fue declarada exequible en atención a la naturaleza de los derechos que protege:

Se trata de derechos subjetivos que si bien pertenecen a un conjunto de personas, aquellos pueden ser también objeto de acciones individuales para el resarcimiento que corresponda a cada una de ellas. En efecto, la Constitución ha establecido esta categoría de acciones destinadas a garantizar la eficacia de la justicia, al conceder la oportunidad para que en un solo proceso, se resuelva sobre varias pretensiones que tienen elementos comunes y que permiten su decisión en una misma sentencia. La garantía constitucional se reduce entonces, a la alternativa de acudir a un mecanismo ágil de defensa en un lapso prudencial, sin que con ello se elimine la posibilidad para los miembros de ese grupo, de ejercer posteriormente y dentro de los términos ordinarios de caducidad, las acciones individuales que correspondan.⁴⁶

En conclusión, las acciones populares podrán intentarse en cualquier tiempo mientras subsista la vulneración o la amenaza, independientemente de si la pretensión es restitutoria, pues a diferencia de las acciones de grupo en las que la protección constitucional se limita al trámite abreviado y preferente de un número plural de pretensiones individuales, las acciones populares protegen derechos que por su naturaleza son imprescriptibles; es decir que mientras las acciones de grupo son simplemente un mecanismo procesal más ágil, las acciones populares son un mecanismo idóneo para proteger derechos que por su naturaleza merecen especial tratamiento, al igual que los derechos fundamentales.

1.3. RELACIÓN ENTRE LAS ACCIONES DE TUTELA Y LAS ACCIONES POPULARES

En este punto vale la pena detenernos para referirnos a las relaciones existentes entre los derechos colectivos y los derechos fundamentales, y, por tanto, entre la acción popular y la acción de tutela. Las consideraciones expuestas a continuación no pretenden agotar el tema, simplemente buscan mejorar la comprensión de la distinción entre derechos individuales fundamentales y

⁴⁵ **ARTICULO 47.** CADUCIDAD: Sin perjuicio de la acción individual que corresponda por la indemnización de perjuicios, la acción de grupo deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo.

⁴⁶ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sentencia C – 215 de 1999, M.P. Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez

derechos colectivos, con el fin de establecer la procedencia de una u otra acción, o de ambas, en el caso en concreto.

Debemos decir en primera medida, que el Decreto 2591 de 1991 en el Art. 6, numeral 3, referente a las causales de improcedencia de la tutela, establece lo siguiente: “La acción de tutela no procederá: (...) 3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.”

Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C – 018 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Martínez, en la cual se estableció que la acción de tutela por regla general es improcedente cuando existen otros mecanismos judiciales de defensa, como lo son, en este caso, las acciones populares, sin embargo, y de manera excepcional, la acción de tutela será procedente, aún existiendo instrumentos alternativos de defensa judicial, cuando se solicite como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Ratificando la argumentación expuesta, la Corte Constitucional en sentencia T – 022 de 2008, M.P. Nilson Pinilla, al decidir la situación de un habitante de Cartagena que solicita la protección de sus derechos, y los de los habitantes de su casa, a “a la salud, a la vida y a una vida digna y salubre” que se han visto vulnerados porque al interior de su vivienda se viene presentando un desbordamiento de materias fecales, dispuso:

De manera que la acción de tutela es procedente en eventos de afectación grave y directa del interés colectivo, para lo cual se hace necesario determinar si quien la promueve padece un perjuicio irremediable y si con el amparo se persigue la protección de derechos fundamentales de un grupo determinado o determinable de individuos o, por el contrario, su propósito es la protección de derechos o intereses de la comunidad.

La jurisprudencia de esta corporación ha fijado los criterios que permiten establecer la viabilidad de la tutela en tales eventos, a saber: (i) debe existir conexidad entre la vulneración del derecho colectivo y la amenaza o vulneración de un derecho fundamental; (ii) el accionante debe ser la persona directamente afectada en su derecho fundamental; (iii) la vulneración del derecho fundamental no debe ser hipotética sino que debe encontrarse expresamente probada en el expediente; (iv) la orden judicial debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental afectado y no del derecho colectivo, aunque por efecto de la decisión este último resulte protegido y (v) debe estar

acreditado que las acciones populares no son un mecanismo idóneo en el caso concreto para la protección efectiva del derecho fundamental vulnerado.⁴⁷

También ha precisado que la sola invocación de derechos colectivos no puede ser óbice para decidir de fondo la acción de tutela.

(...)Igualmente, la jurisprudencia ha precisado que en estos casos la acción de tutela desplaza en su ejercicio a la acción popular, pues se presenta una unidad de defensa de los derechos de los coasociados que justifica la prevalencia del amparo constitucional:

“La acción de tutela dirigida a obtener obras de alcantarillado no es improcedente por la existencia de otros medios de defensa judiciales como las acciones populares, cuando se demuestra que existe una violación o amenaza directa al derecho fundamental de la persona que interpone la tutela y que esta situación tenga una relación de causalidad directa con la omisión de la administración que afecte el interés de la comunidad, dado que en estos casos se genera una unidad de defensa, que obedece al principio de economía procesal y al de prevalencia de la acción de tutela sobre las acciones populares”⁴⁸.

(...)Con todo, la jurisprudencia ha establecido que para que la acción de tutela sea procedente en estos eventos es indispensable que esté debidamente probada la violación o amenaza a los derechos fundamentales del accionante y de su familia, pues la sola invocación de un riesgo no hace viable el amparo constitucional.⁴⁹

De la misma manera, en la sentencia T – 659 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, impetrada por dos ciudadanos que solicitan la protección de sus derechos fundamentales a la libre locomoción, al trabajo, a la producción y comercialización de alimentos agrícolas, a gozar del uso de una infraestructura física adecuada, al fácil acceso a la educación y a la protección de la integridad del espacio público de uso de una comunidad, que consideran vulnerados por el agrietamiento de la única vía que comunica el casco urbano del Municipio de Carmen de Apicalá con la vereda Peñón Blanco – Novillos; la Corte Constitucional, reiterando la jurisprudencia expuesta, en especial la referida a la sentencia SU - 1116 de 2001, señaló:

⁴⁷ SU-1116 de 2001 (octubre 24), M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁴⁸ T-207 de 1995 (mayo 12), M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁹ T-162 de 1996 (abril 29), M. P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-037 de 2005 (enero 27), M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

(...) se tiene que, por regla general, las acciones populares salvaguardan los derechos colectivos. Sin embargo, también se evidencia que la acción de tutela puede proteger derechos derivados de la afectación de derechos e intereses colectivos, en dos situaciones, a saber:

i) Cuando la afectación de los derechos colectivos requiere la intervención urgente e inmediata del juez constitucional para evitar un perjuicio irremediable. En efecto, al igual que en toda situación de grave afectación de derechos fundamentales, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio que desplaza la competencia del juez ordinario mientras se profiere el fallo correspondiente. En este caso, es fundamental demostrar la premura en la intervención judicial, la gravedad del perjuicio que sigue a la demora en resolver el asunto y la existencia de un derecho fundamental afectado.

ii) Cuando la amenaza o vulneración de un derecho colectivo, produce la afectación directa de un derecho fundamental. En esta situación, no se trata de reducir la intervención a un número determinado de personas, ni de exigir la protección judicial del derecho colectivo a partir de la afectación individual de derechos, se trata de delimitar con claridad el campo de aplicación de cada una de las acciones constitucionales. Por ello, es evidente que no determina la procedencia de la acción popular o de la acción de tutela, el número de personas que accede a la justicia, ni el nombre del derecho que se busca proteger. De hecho, al respecto la jurisprudencia constitucional ha señalado que “el criterio para diferenciar unas acciones de otras, - las populares de las de tutela -, no es en modo alguno la pluralidad de sujetos que intervienen en una y otra, teniendo en cuenta que la multiplicidad de personas, por sí misma, no identifica necesariamente un sujeto colectivo... que la tutela puede ser procedente para asegurar la protección de los derechos fundamentales de una multiplicidad de personas sin que ello implique acceder a las fronteras de las acciones populares”⁵⁰.

(...)Lo anterior permite concluir que, para determinar si procede la acción de tutela o la acción popular, en sentido estricto, lo que debe averiguarse es si se discute la protección de un derecho cuyo contenido es fundamental o colectivo.

(...)Así las cosas, resulta evidente que el hecho de que se pretenda la protección de un derecho colectivo no implica, *per sé* la improcedencia de la acción de tutela, pues este instrumento procesal sumarial resulta procedente cuando se logra acreditar, de manera cierta y fehaciente, que la afectación actual o inminente del derecho colectivo también amenaza o vulnera un derecho fundamental que ha sido individualizado en la persona que interpone la acción de tutela o a nombre de quien se encuentra impedida para defender

⁵⁰ Sentencia T – 268 del 2000

en forma directa sus propios intereses, cuya protección no resulta efectiva mediante la acción popular sino que requiere la intervención urgente e inmediata del juez de tutela.⁵¹

Siguiendo la línea de argumentación expuesta, en sentencia T – 944 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, la Corte Constitucional estableció lo siguiente:

No debe olvidarse que la acción consagrada en el artículo 86 de la Carta Política hace referencia al amparo de derechos que de suyo son fundamentales y no abarca aquellos que, sin serlo (aunque puedan llegar a ese nivel por conexidad) tienen contemplada una vía constitucional diferente para su garantía y efectividad. Tal es el caso de los que enuncian los artículos 87 y 88 de la Carta, para los cuales se han previsto directamente las acciones de cumplimiento y popular.

De ese modo, sólo excepcionalmente y ante la coincidencia entre la violación de derechos fundamentales (directamente o por conexión) y derechos colectivos puede la acción de tutela sustituir o desplazar, para el fin prevalente de la efectiva y urgente protección de los primeros, a la vía judicial de la acción colectiva. Dígase lo mismo en el caso de la acción de cumplimiento.

Por tanto, la violación o amenaza de derechos colectivos y la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable sólo hacen viable la tutela, si se logra demostrar la íntima relación entre aquéllos y los derechos fundamentales, o el vínculo real existente entre los hechos que son objeto de acción popular y la probada y actual violación o amenaza de derechos fundamentales.⁵²

De los pronunciamientos expuestos y de la disposición contenida en el Decreto 2591 de 1991, a nuestro juicio surgen dos situaciones distintas que aparentemente reciben un tratamiento uniforme: En primer término debemos referirnos a los casos en los cuales la violación de un derecho colectivo implica la afectación de un derecho fundamental, por ejemplo, aquellas situaciones en las que la vulneración del derecho colectivo al acceso a una infraestructura de servicios genera una situación tal de insalubridad que afecta la salud de un individuo determinado y pone en riesgo su vida. Por otra parte, siendo una situación absolutamente distinta de la anterior, se encuentra la posibilidad de albergar en la salvedad establecida por el numeral 3 del Art. 6 del Decreto 2591 de 1991, la tutela de derechos e intereses colectivos con el objetivo de evitar un perjuicio irremediable.

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T – 659 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T – 944 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

Cuando nos encontramos frente a la primera situación, siempre que la vulneración del derecho fundamental se encuentre efectivamente probada, la acción de tutela prevalecerá sobre la acción popular, lo cual exige que el sujeto que interpone la acción sea el mismo que vea afectados sus derechos fundamentales.

Sin embargo, el sujeto puede llevar su situación ante un juez, a través de dos mecanismos procesales: mediante una acción de tutela directamente, o, mediante una acción popular, en la cual el juez al identificar la violación de derechos fundamentales del actor, decide adecuar el trámite al de la acción de tutela.⁵³

En el primer supuesto, es decir, cuando el sujeto que ve afectado sus derechos fundamentales en virtud del daño colectivo, acude ante un juez por medio de la acción de tutela, la interposición de ésta acción no puede condicionarse al ejercicio de las acciones populares. En nuestra opinión, esta situación no implica que otro ciudadano, miembro de la colectividad, pueda interponer una acción popular por los mismos hechos, pues no existiría cosa juzgada, ya que en el primer caso la sentencia versaría sobre el sujeto individualmente considerado, mientras en el segundo la “parte en el litigio”, no sería el individuo, sino la colectividad que reclama sus derechos a través de uno de sus miembros. Podríamos decir que nos encontramos frente a sujetos distintos con intereses diferentes que reclaman la protección de sus derechos frente a unos mismos hechos dañosos, pues mientras el primero busca la satisfacción de un interés individual exclusivamente, que para el caso sería la protección de su derecho fundamental; el segundo, busca la protección de los intereses colectivos, obteniendo simultáneamente la protección de su propio interés.

Además, la idea que la acción de tutela constituya cosa juzgada frente a una eventual acción popular por los mismos hechos, implicaría la restricción de los derechos que por ley tiene la colectividad, como por ejemplo el derecho a formular una pretensión indemnizatoria por el daño colectivo.

En el segundo supuesto, el problema anterior no existiría si el juez que conoce el trámite de una acción popular, y decide adecuarlo porque entrevé la vulneración de derechos fundamentales, tuviese la facultad para proteger en su sentencia los derechos individuales y los colectivos, cuando unos y otros, como ya lo dijimos se vean afectados por una causa dañosa común, siempre y cuando una de las pretensiones del actor popular sea la supresión del hecho generador del daño. Al respecto el Dr. Javier Tamayo Jaramillo señala:

(...) supongamos que por contaminación ambiental, una persona se ve afectada por una enfermedad respiratoria que amenaza su vida. Es decir, hay

⁵³ Ver en este sentido la sentencia proferida por la **CORTE CONSTITUCIONAL**, Número C – 215 de 1999, M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez.

dos derechos afectados. El colectivo y el fundamental por naturaleza individual. Pero ante la violación de esos dos derechos, el actor en lugar de ejercer una acción de tutela, ejerce la acción popular invocando no el atentado a su derecho fundamental a la vida, sino la afectación del daño colectivo al medio ambiente. ¿Podrá el juez variar la acción popular y aplicar oficiosamente la de tutela?

En nuestro concepto, la respuesta es afirmativa en aplicación del inciso tercero del artículo 5 de la Ley 472, pero solo cuando la víctima al ejercer la acción popular, pide que se suprima la amenaza al bien colectivo o la supresión de la causa del mismo, pues en esa forma, al modificarse oficiosamente la acción popular a una de tutela, se le está protegiendo su derecho fundamental a la vida y de contragolpe, se está protegiendo el derecho colectivo a un ambiente sano, que es el objetivo de la acción popular. En cambio, el juez no podrá hacer el cambio de la acción popular a acción de tutela cuando se pida la indemnización del daño colectivo y no la supresión de una amenaza de daño, así aparezca que se está afectando un derecho fundamental.

Con todo, creemos que, en este último caso, si el juez que conoce de esa acción popular descubre que con el daño colectivo se está afectando un derecho fundamental del actor, paralelo a la acción popular, podrá iniciar, en proceso separado, el trámite de una acción de tutela, pero únicamente para tratar de proteger el derecho fundamental afectado.⁵⁴

Compartimos lo expuesto en el argumento anterior, siempre que, como ya lo dijimos, todas las pretensiones del actor popular tengan el correspondiente pronunciamiento judicial, y que de declararse prosperas, se reconozca el respectivo incentivo.

Sin embargo, la discusión subsistiría frente a la interposición directa de la acción de tutela para obtener la protección de derechos fundamentales vulnerados con causa en la afectación de derechos colectivos. Frente a este punto, la única solución posible es aceptar la viabilidad de la acción popular, frente a los mismos hechos, para proteger los derechos de la colectividad que no pueden protegerse mediante la acción de tutela, como la indemnización por la producción de un daño colectivo; lo cual, además de los argumentos expresados, encuentra su razón de ser en la naturaleza principal y no subsidiaria de la acción popular. Posición que es ratificada por el Consejo de Estado, cuando afirmó: "(...) es posible que la conducta de alguna persona que lesiona o trasgreda un derecho o interés colectivo pueda ser revisada vía otras acciones constitucionales u ordinarias, principales o subsidiarias, pero, en todos los casos, procederá la acción popular

⁵⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. Cit., P. 72 y 73

para el juzgamiento de los hechos y conductas que lesionan o amenazan el respectivo derecho colectivo.”⁵⁵

En segundo término, en lo referente a la posibilidad contemplada en el Dcto. 2591 de 1991, de interponer acción de tutela con el fin de proteger derechos colectivos, la jurisprudencia exige dos requisitos: el perjuicio irremediable, y la conexidad con un derecho fundamental. La distinción elaborada por la jurisprudencia es sólo aparente, pues en este caso retornaríamos a la protección de un derecho fundamental que se ve afectado con causa en la vulneración de un derecho colectivo. En nuestra opinión, el mecanismo adecuado para proteger de un perjuicio irremediable a los derechos colectivos, continua siendo la acción popular, pues ésta cuenta con trámite preferente y abreviado, y además el juez popular, de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 25 de la Ley 482 de 1998, podrá antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, decretar las medidas previas pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado, por lo cual sería innecesario recurrir a la acción de tutela.

Continuando con el orden trazado, y una vez expuestas las generalidades de las acciones populares, y entendida su finalidad, así como el objeto de su protección y las relaciones con otro tipo de mecanismos procesales, procederemos a analizar el desarrollo jurisprudencial de las acciones populares por moralidad administrativa, con el objetivo de identificar en los diferentes pronunciamientos, los elementos característicos de este derecho colectivo y las diversas hipótesis de vulneración.

⁵⁵ **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá, D.C., el 21 de febrero de 2007, Radicación No.: AP – 410012331000200400690 01, Actor: María Nubia Zamora, Demandando: Empresas Públicas de Garzón “EMPUGAR”.

2. LA MORAL A PARTIR DE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991: SENTENCIA C – 224 DE 1994

Para el análisis de lo que se entiende por moral a partir de la Constitución de 1991, hemos escogido la sentencia C – 224 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía, en la cual la Corte Constitucional se pronuncia sobre la demanda de inconstitucionalidad del Art. 13 de la Ley 153 de 1887, el cual reza: " Artículo 13.- La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva".

Además de que el pronunciamiento citado es pertinente para el presente trabajo, debemos decir que es de gran importancia para el ordenamiento jurídico nacional, pues sentó las bases de lo que en Colombia debe entenderse por moral.

Para el análisis del pronunciamiento seguiremos la argumentación expuesta por la Corte Constitucional, y agregaremos comentarios de los salvamentos de voto, así como de nuestra opinión personal.

El actor interpuso demanda de inconstitucionalidad en contra del Art. 13 de la Ley 153 de 1887, pues a su juicio la norma acusada desconoce el preámbulo de la Constitución, y los artículos 1, 7, 13 y 19 de la misma, porque la moral no concierne al orden jurídico sino al fuero interno de cada persona, y la norma atacada sujeta y subordina legalmente a las personas al cumplimiento de las normas morales del cristianismo, las cuales no son aplicables a quienes pertenecen a otra religión, credo o filosofía.

El señor Procurador General de la Nación, al rendir del concepto de rigor, solicitó la declaratoria de inexecutable de la palabra "cristiana", pues ésta se encuentra en contravía del espíritu secularizante y pluralista de la Constitución, de la libertad de cultos y de conciencia, y del principio de igualdad. Sin embargo, considera que el término "moral" debe mantenerse en el ordenamiento por las siguientes razones:

Sin embargo, esto no implica que también deba desaparecer del artículo 13 de la ley 153 de 1887, la remisión que se hace a la "moral", porque éste es un criterio "intrajurídico" para la determinación del carácter justo o injusto de las normas, incluida la costumbre.

La separación radical entre la moral y el derecho, como lo pretende el actor, no es posible porque el ordenamiento jurídico en general y en especial el colombiano, están fundados sobre un concepto de "moral pública",

representada en el derecho natural a través de conceptos como la libertad y la dignidad.

(...)De esta manera, es válido que una norma exija que la costumbre se adecúe a la moral, pero a una moral "pública" y universal de los ciudadanos, no la personalísima de cada individuo.⁵⁶

Antes de iniciar con la presentación de la argumentación de la Corte Constitucional, debemos decir que la Constitución de 1991 en el Art. 1 señala que Colombia es un estado pluralista; en su preámbulo, así como en al Art. 13, consagra el derecho a la igualdad de sus habitantes, los cuales no podrán ser discriminados por su religión o por su opinión política y filosófica; en su Art. 7 reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana; en el Art. 18 garantiza la libertad de conciencia; y en el Art. 19 establece la libertad de cultos.

A su vez, la Constitución de 1991 en el Art. 209 establece a la moralidad como un principio de la función administrativa, y en su Art. 34 se refiere al deterioro de la moral social como causa válida para la extinción de dominio. De la misma manera, el ordenamiento jurídico colombiano consagra innumerables disposiciones en las que se hace referencia a la moral y a las buenas costumbres, por ejemplo los artículos 16, 1524 y 472 del Código Civil.

Es por ello que, en primer término, la Corte Constitucional establece que pese a todas las diferencias existentes entre moral y derecho, su separación no es absoluta, pues en el derecho existen normas que adoptan conductas morales y les otorgan validez en ordenamiento jurídico, es decir, las convierten en obligatorias, y en consecuencia, para algunos casos, el ordenamiento prevé una sanción frente a la vulneración del precepto moral contenido en la norma jurídica, es el caso del Art. 4 de la Ley 472 de 1998 referente a la moralidad administrativa.

En este sentido, en la sentencia materia de análisis, la Corte señala:

Pero, de las diferencias entre la moral y el derecho, no puede deducirse que exista entre ellos una separación absoluta, pues la realidad es la contraria. Al respecto se lee en Josserand:

"El derecho y la moral.- Son innumerables los puntos de contacto entre estas dos disciplinas -puntos de contacto que se convierten a veces en puntos de razonamiento-: emanan una y otra, de la conciencia humana; son ambas productos sociales; tratan igualmente de suministrar al hombre una dirección, una línea de conducta. Son incesantes los servicios que se prestan

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 224 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía.

mutuamente; de una parte, las reglas del derecho son, en su casi totalidad, tomadas a préstamo de la moral, hasta el punto de que el derecho no es sino la moral en la medida en que ésta reviste carácter obligatorio; por otra parte, ocurre que la ley positiva ejerce una repercusión sobre las costumbres de un país; hay leyes que son moralmente saludables y otras que son perniciosas: la famosa frase: quid leges sine moribus? es tan solo una verdad relativa. Entre el derecho y la moral, las afinidades son, pues, ciertas y su interpenetración es permanente y profunda". ("Derecho Civil", Ediciones Jurídicas Europa - América, Bs. Aires, 1952, Tomo I, vol. I, pág. 5).

En síntesis: no es posible negar la relación entre la moral y el derecho. Y menos desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico.⁵⁷ (Subrayado fuera de texto)

Sin embargo, como lo estableció el Consejo de Estado⁵⁸, la relación existente entre la moral y el derecho no implica que sean iguales, o que deba confundirse uno con otro, simplemente se relacionan a manera de círculos secantes, entre los cuales sólo hay identidad en el punto de intersección.

Continuando con el argumento, la Corte Constitucional establece que hay muchos casos en los que la moral le sirve de sustento al derecho, pues “En la medida en que las normas jurídicas obedezcan a la moral general vigente, será mayor su cumplimiento.”⁵⁹

Finalmente, frente al cuestionamiento de la universalidad e inmutabilidad de la moral o de su relativismo, la Corte afirma lo siguiente: “(...) hay siempre una moral social, que es la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia. Entendida así, la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social.”⁶⁰

En conclusión, la Corte expone principalmente tres argumentos que le permitirán llegar a la conclusión: 1. Existe una relación entre moral y derecho, 2. Las normas jurídicas que son conformes con la moral social son mayormente obedecidas, y 3. Existe una moral social diferente de la moral individual, que es identificable.

Ahora bien, la expresión “moral cristiana” contenida en el Art. 13 de la Ley 153 de 1887, según el pronunciamiento que venimos analizando:

⁵⁷ **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C- 224 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía.

⁵⁸ **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil uno (2001), Radicación número: AP-170, Actor: Epaminonda Moreno Parrado y otros.

⁵⁹ **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C – 224 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía.

⁶⁰ *Ibid.*

(...) Designa la moral social, es decir, la moral que prevalecía y prevalece aún en la sociedad colombiana.

(...)Y obsérvese que la costumbre, además de ser conforme con la moral cristiana, debe ser general. Si es general y a la vez es conforme con la moral cristiana, es porque ésta es también la moral general.

De otra parte, la referencia hecha en el artículo 13, a la moral cristiana, no implica, como pudiera pensarse, una exigencia de carácter dogmático que suponga un privilegio para esa moral frente a otras. Significa, más bien, la referencia a uno de los elementos constitutivos de la costumbre, la "opinión jurídica", según la cual la costumbre, para que sea jurídica, debe generar en la comunidad que la observa, la convicción de obligatoriedad. Porque si se acepta que el legislador se dirige a una comunidad cristiana, tiene que tener presente que en ella no puede darse la convicción de obligatoriedad con respecto a un uso que contraría los postulados de esa moral. Sería una contradicción lógica afirmar que alguien está convencido de que es obligatorio algo que juzga perverso o inmoral. Sería como afirmar que tengo por obligatorio algo que considero, no sólo no obligatorio, sino reprochable.

Entendida la expresión "moral cristiana" como la moral social o moral general, es evidente que en casos excepcionales tendría validez como fuente del derecho una costumbre que no sea acorde con la moral general del país, pero que sea conforme con la moral de un grupo étnico y cultural en particular.

(...) la Constitución de 1991 no es contraria a la moral cristiana. No hay uno solo de sus preceptos que pugne con lo que hoy se entiende por "moral cristiana" en Colombia. El hecho de haber desaparecido del preámbulo de la Constitución la referencia a la Iglesia Católica, Apostólica y Romana como "la de la nación" y como "esencial elemento del orden social", no trae consigo un cambio en la moral social. Apenas ratifica la separación de la Iglesia y el Estado.

(...)El respeto a las minorías, también proclamado por el Liberalismo, no puede llegar hasta el extremo absurdo de pretender que las mayorías se sometan a ellas, o que renuncien al derecho de hacer prevalecer sus opiniones. Por ello, si en lugar de referirse a la moral de la mayoría de los colombianos, la ley pretendiera imponer a éstos la moral de una tribu indígena confinada en un remoto lugar de la selva amazónica, tal ley sí sería contraria a la Constitución.⁶¹

⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 224 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía.

Teniendo en cuenta que la moral cristiana es equivalente a la moral social, es decir, a la moral de la mayoría de los colombianos, la disposición contenida en el Art. 13 de la Ley 153 de 1887 no es inconstitucional, lo cual no excluye que las minorías protegidas por la Constitución puedan hacer valer su moral frente a un caso en concreto, siempre que esta no sea contraria a la ley.

En virtud de lo expuesto la Corte Constitucional resuelve declarar exequible la el artículo 13 de la ley 153 de 1887, entendiéndose que la expresión "moral cristiana" significa "moral general" o "moral social".

Los magistrados Eduardo Cifuentes, Fabio Morón y Alejandro Martínez Caballero, salvaron su voto con fundamento en las siguientes razones:

1.- “La expresión "conforme a la moral cristiana" contenida en el artículo 13 de la ley 153 de 1887 es manifiestamente contraria a la Constitución, ya que condiciona el alcance de una fuente de derecho - la costumbre - a su conformidad con una específica concepción religiosa, privilegiándola.”⁶²

2.- Cuando la Corte afirma que la moral cristiana designa a la moral social porque es la moralidad que prevalecía y prevalece en la sociedad, hace depender la constitucionalidad de la restricción a la costumbre de la realidad empírica, más no de la compatibilidad con los preceptos constitucionales.

3.- Cuando la Corte establece que la moral cristiana debe ser entendida como la moral social, y que ésta sólo constituye un elemento integrante de la costumbre: la *opinio juris*, según la cual para que una práctica pueda ser considerada costumbre, es necesario no sólo que sea reiterada sino además que las personas la consideren vinculante, esto es, que sea acorde a la moralidad social prevaleciente en una sociedad, no realiza una declaratoria de exequibilidad condicionada, en la cual se excluyen ciertas interpretaciones y aplicaciones de una norma, para mantener otras acordes a la Constitución, sino una declaratoria material de inexecutableidad.

(...)Al hacer estas dos precisiones, la Corte ha incurrido en una contradicción lógica, puesto que ha decidido mantener en el ordenamiento normativo la expresión "conforme a la moral cristiana" a la cual quita toda eficacia normativa. En efecto, el sentido normativo de esta expresión es el de agregar una condición a la costumbre para que ésta pueda ser fuente de derecho, ya que, según el mandato de esta norma, no basta que exista la costumbre, que ésta sea general y que no exista ley positiva para que ella pueda ser fuente de derecho. Es necesario, además, que ella sea conforme a la moral cristiana. En cambio, la Corte declara constitucional la expresión pero volviéndola

⁶² Salvamento de voto de la sentencia C – 224 de 1994 proferida por la Corte Constitucional

inaplicable como tal, puesto que, según la sentencia, tal enunciado normativo simplemente está reiterando que la costumbre, constituye derecho, a falta de legislación positiva, siempre y cuando sea costumbre.⁶³

4.- “(...) La Constitución de 1991 no invoca ninguna forma de moralidad religiosa, por lo cual la referencia a la moral cristiana establecida por la ley de 1887 constituye una discriminación contra otras formas de moralidad religiosa que pueden ser diversas a la cristiana pero conformes con la Constitución.”⁶⁴

5.- La Corte establece que la norma reconoce la moral de las mayorías y que por tanto no puede ser contraria a la Constitución, sin embargo:

La moral no puede ser sometida al principio de las mayorías, simplemente porque ella no es negociable, ni siquiera conciliable. Una cosa es que la moral pueda ser el fundamento de una opción política y otra diferente es que la política pueda ser el criterio para solucionar divergencias de tipo moral.

Por eso la utilización del principio normativo de las mayorías no tiene sentido cuando se aplica a un ámbito social e individual en el cual la Constitución postula la libertad.

Al aceptar la diversidad moral se descarta toda diferenciación fundada en la legitimidad de las mayorías. La aceptación del pluralismo - incluso político - entraña el derecho igual de todas las manifestaciones a participar. Esta igualdad cultural, política o moral, no desconoce la posibilidad de que en un juego político alguna de ellas adquiriera mayor legitimidad que las otras. Sin embargo, dicha legitimidad es posterior y no afecta de ninguna manera el derecho de las minorías a mantener su propia entidad y a no confundirse con los vencedores.⁶⁵

Independientemente de las consecuencias normativas de la vigencia de la disposición contenida en el Art. 13 de la Ley 153 de 1887, y de que compartamos o no su permanencia en el ordenamiento, creemos que hay elementos que es necesario resaltar para la comprensión de los argumentos posteriores:

- Si bien el derecho y la moral regulan la conducta humana desde dos órbitas distintas, es innegable que existe una relación entre ellos.
- Si bien la Constitución de 1991 excluye cualquier forma de moralidad religiosa, esto no implica la inexistencia de una moralidad pública o de una moral social.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Ibid.

- La moral social es distinta de la moral individual.
- En el ordenamiento jurídico existen normas jurídicas, tanto constitucionales como legales, que tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico, bien sea del Estado o de los particulares.

Aunque la separación entre moral y derecho constituye una discusión que aún no ha sido zanjada, y sobre la cual no es posible emitir un concepto absoluto, en el ordenamiento jurídico colombiano existen normas que le otorgan consecuencias jurídicas a la moral. Con el fin de comprender, en mayor medida, la separación entre derecho y moral, así como su unión en determinados casos, expondré de manera breve algunas consideraciones sobre el tema.

Siguiendo la exposición de Diego López Medina⁶⁶, al referirse al clasicismo local, debemos decir que la moral en el ordenamiento jurídico puede ser entendida desde dos corrientes: en primer lugar, desde liberalismo, pues la moral constituye un límite a la regulación del Estado, es decir, que en este caso “(...) la distinción entre derecho y moral sirve para proteger lo privado (libertades de religión y culto, por ejemplo) frente a la intromisión legislativa (...)”⁶⁷; y en segundo lugar, desde el positivismo, según el cual “(...) cualquier contenido puede tomar la forma de una regla de derecho y hacerse coercible mediante la promulgación formal del Estado”⁶⁸.

El citado autor señala que para los tratadistas clásicos del Derecho en Colombia no existía:

(...) Ninguna teoría sustantiva que describa el por qué una regla moral hace el tránsito del espacio de lo “interno”, al campo de lo “externo”, el espacio comportamental y coercitivo del derecho. Para nuestros autores, tal tránsito es completamente contingente: “El interés social, según los tiempos y lugares, y podemos añadir, según el progreso de la civilización, hará que tome o no la colocación en el derecho, tal o cual regla moral, exigiendo que su conservación sea asegurada con la fuerza ejercida sobre los individuos, es decir, según la coerción legal parezca o no, bajo el punto de vista colectivo, á la libertad dejada á los individuos de obedecer o desobedecer á la ley moral”. Así mismo, para Champeau y Uribe, “el límite entre derecho y moral es

⁶⁶ **LOPEZ MEDINA, Diego.** Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana, Colombia: Legis S.A., 2005. P. 218 - 224

⁶⁷ Ibid. P. 222

⁶⁸ Ibid. P. 222

variable sin que se pueda fijar de una vez por todas, como quiera que cambia con el tiempo y no se reconoce uniformemente en todos los pueblos”⁶⁹ ⁷⁰.

Por su parte, H.L.A Hart, en su *Postscriptum*, refiriéndose a las conexiones entre Derecho y moralidad, señala: “Según mi teoría, la existencia y contenido del Derecho pueden ser identificados por referencia a las fuentes sociales del Derecho – esto es, la legislación, las decisiones judiciales, las costumbres sociales – sin hacer referencia a la moral, excepto en aquellos casos en que el Derecho así identificado ha incorporado en sí mismo criterios morales para la identificación del Derecho.”⁷¹ (Subrayado fuera de texto)

Por el contrario, para Ronald Dworkin existen dos condiciones para la pertenencia al sistema jurídico:

(...)Por un lado, exige que las normas hagan parte de las instituciones reconocidas en la comunidad –por ejemplo, que estén incluidas en leyes o sentencias – y, por otro lado, requiere que sean consistentes con la moralidad política que justifica esas instituciones. (...) Una consecuencia fundamental se desprende de la propuesta de Dworkin: el derecho, al contrario de lo sostenido por el positivismo, no es conceptualmente independiente de la moral. En otras palabras, no es posible identificar el contenido del derecho –reglas y principios – sin acudir a la moralidad política. La descripción de las reglas y principios es inescindible de su justificación a la luz de la moralidad de la comunidad. (...) La unión conceptual entre derecho y moral tiene la virtud de recoger el punto de vista interno frente a las normas, que se manifiesta cuando alguien dice, indignado, que una norma –por ejemplo, la que establece un sistema de castas- es tan injusta que no puede ser considerada parte del derecho aunque cumpla con los requisitos de validez. Dworkin acepta que esa norma hace parte del derecho desde el punto de vista descriptivo –o “preinterpretativo” (...) –, pero no desde la perspectiva valorativa –o “interpretativa” –, al menos en una comunidad democrática⁷²

Para Ronald Dworkin el juez es capaz de tomar una única decisión correcta en cada caso, la cual “(...) no sólo debe ajustarse a la práctica jurídica existente, sino que además debe basarse en una visión teórica y moral que muestre en su mejor ángulo esa práctica judicial, y en últimas, el derecho como integridad. (...) Dworkin considera que la integridad es un componente del concepto de justicia, más

⁶⁹ CHAMPEAU, Edmond y URIBE, Antonio José. Tratado de derecho civil colombiano. P.13

⁷⁰ LOPEZ MEDINA, Diego. Op. Cít. P. 222

⁷¹ RODRIGUEZ, César. La decisión judicial. El debate Hart – Dworkin. Colombia: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Siglo del Hombre Editores, 2005. P. 131

⁷² *Ibid.* P 59 y 60

concretamente de la moralidad política, en tanto que elemento valorativo que le permitiría alcanzar una coherencia más allá del ordenamiento jurídico”⁷³

Finalmente, el Consejo de Estado, al plantearse la discusión acerca de la separación entre derecho y moral, señala:

Dado que el constituyente dispuso, en el art.209 de la Carta, que la moralidad es uno de los principios rectores de la función administrativa, no es siquiera útil, plantear la cuestión de si el derecho debe interferir, por medio de sanciones y de otras medidas⁷⁴, como mecanismo garante de la moral, pues con la norma mencionada no queda duda respecto de que así debe ser. En cambio, la Constitución no resolvió, como es lógico, lo atinente a la medida de tal interferencia, lo cual no significa que haya identidad entre las esferas jurídica y moral: Es cierto que la diferenciación entre ellas ha sido muy debatida, pues tradicionalmente se ha hecho consistir en que la moral es ab agenti -por exigir una adhesión íntima a la concepción de deber-, mientras que el derecho, por el contrario, es ad alterum - por requerir, apenas, una adhesión exterior a lo prescrito⁷⁵, y se ha afirmado que tal diferencia es artificial, porque se deriva de una concepción tan individualista de la moral que presenta los deberes sociales como si fuesen menos morales que aquellos que cada hombre tiene para consigo mismo⁷⁶. En todo caso, es claro que las esferas de acción de un sistema normativo y otro, no son idénticas. Baste con decir que para el derecho es imposible obtener, por medio de la fuerza, el cumplimiento del deber moral; de hecho, apenas lo posibilita, porque por su carácter impositivo externo no necesita -y casi nunca logra- una convicción íntima del sujeto⁷⁷.⁷⁸ (Subrayado fuera de texto)

Como conclusión de lo expuesto, podemos decir que nuestro sistema jurídico hace un reconocimiento explícito de la moral como elemento integrante del cuerpo de lo jurídico.

No obstante la concepción clásica que separaba la moral como elemento interno del derecho como elemento externo, que consideraba el derecho como el campo del deber ser y la moral como problema del ser, el derecho actual, a partir de la

⁷³ **UPRIMY YEPES**, Rodrigo. Interpretación Judicial. Las grandes teorías de la interpretación jurídica, Unidad II, Colombia: Publicaciones Consejo Superior de la Judicatura, 2002. P. 115

⁷⁴ **SANTIAGO NINO**, Carlos. Introducción al análisis del derecho. Ariel Derecho. Barcelona 1991. P 423

⁷⁵ **KANT**, Immanuel. La metafísica de las costumbres. Ediciones REI 1989. P XXXVIII

⁷⁶ **KAUFMAN**, Arthur. Filosofía del derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1999. P 388

⁷⁷ *Ibid.* P. 390

⁷⁸ **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Alier Hernández Enríquez, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil uno (2001), Radicación No. : AP-170, Actor: Epaminonda Moreno Parrado y Otros

Constitución de 1991 y de la interpretación de las altas cortes a la normatividad vigente, considera que la moral conservando su estirpe de valor trascendental y perteneciente al fuero interno del sujeto, se adentra en el campo de lo jurídico.

Tal incursión se hace desde la perspectiva de la legitimidad de las normas, que en criterio de los argumentos arriba traídos a consideración, permite dar mayor eficacia a la norma cuando se adecua a la moral.

Es necesario también destacar que esa moral no se concibe bajo la óptica de la creencia individual, sino que es un referente de lo que la sociedad en un espacio y momento histórico determinado considera aceptable.

Pero, aceptando que la moral forma parte del fuero interno, así a veces adquiera cierto grado de aceptación social, se afirma ahora que su presencia en el mundo de lo jurídico es indiscutible, de ahí el pronunciamiento del Consejo de Estado, en el sentido de que carece de razón y justificación la discusión si lo moral es o no parte del ordenamiento, pues la moralidad está consagrada como factor de valoración de la conducta de los particulares y del Estado, y en tal sentido debe aceptarse.

3. ACCIONES POPULARES POR MORALIDAD ADMINISTRATIVA

Este capítulo tiene como objetivo identificar el concepto de moralidad administrativa que se ha elaborado a lo largo de las diferentes sentencias dictadas en procesos iniciados por la vía de la acción popular, que como ya lo hemos mencionado, constituye un mecanismo idóneo y ágil para la protección de los derechos colectivos.

Con el fin de satisfacer el logro propuesto dividiremos las sentencias más significativas en dos tipos: En primer lugar aquellas sentencias que si bien contienen un concepto de moralidad administrativa, no tienen hechos y decisión relevantes para el objeto de este trabajo, ya sea porque la acción popular es improcedente, pues en ese caso no se vulneraron derechos colectivos, o porque la decisión de la misma es proteger derechos colectivos distintos a la moralidad administrativa. Tomaremos, en consecuencia, de estas sentencias el mero concepto de moralidad administrativa. En segundo lugar se encuentran las sentencias que tienen hechos y decisión relevantes, pues se protege el derecho colectivo a la moralidad administrativa y en virtud de dicha protección se afectan actos y contratos de la administración. No obstante la división referida, las sentencias se presentarán siguiendo el orden cronológico, desde la más reciente a la más antigua.

Antes de iniciar con la exposición, es necesario advertir que por la importancia literal de las palabras me permito realizar citas textuales de las diferentes sentencias, pues en manera alguna quiero distorsionar el concepto de moralidad administrativa construido jurisprudencialmente, o, darle una significación distinta al realizar una síntesis de lo expuesto en la sentencia.

Finalmente, a manera de conclusión del presente capítulo, se presentarán los elementos, que a nuestro juicio, la jurisprudencia ha esbozado como componentes de la moralidad administrativa, y que por lo tanto, permiten identificar frente a un caso concreto los supuestos de su vulneración.

3.1. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Siguiendo la metodología enunciada, en este aparte expondré los principales pronunciamientos judiciales en materia de moralidad administrativa. Además de las referencias al derecho colectivo materia del presente trabajo, en los extractos de las sentencias, también abordaré las consideraciones judiciales respecto de la revisión de los contratos de la administración a través de las acciones populares, pues nos serán de utilidad para un análisis más profundo del tema.

1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D. C., quince (15) de agosto de dos mil siete (2007), Radicación No. AP-25000-23-26-000-2003-00689-01, Actor: Henry Antonio Patiño Poveda y Otros, Demandado: Distrito Capital de Bogotá y Otros.

Consideraciones respecto del Derecho Colectivo a la Moralidad Administrativa:

1.- Frente a lo que se entiende por moralidad administrativa, la Sala precisó, en tesis que ha sido constantemente reiterada⁷⁹, que en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (Art. 1), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (Art. 209 ibídem), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley. Desde esta perspectiva, ha de considerarse como contrario a la moral administrativa toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder.

2.- (...) La jurisprudencia de la Corporación ha ido precisando el concepto de moralidad administrativa como derecho colectivo que puede ser defendido por cualquier persona, del cual se destacan estas características: “a) es un principio que debe ser concretado en cada caso; b) al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación; c) en la práctica, la violación de este derecho colectivo implica la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza.”⁸⁰

3.- Igualmente ha hecho énfasis la Sala en la utilidad del principio de legalidad a la hora de determinar la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, en tanto la conclusión de su vulneración no depende del concepto personal del juez sobre lo que considera moral, sino de la justificación que la actuación cuestionada encuentre en el ordenamiento

⁷⁹ **CONSEJO DE ESTADO**, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2002. Exp. No. AP-059; Exp. No. AP-166 y AP-170 de 2001.

⁸⁰ Ver sentencia proferida por el Consejo de Estado el 9 de agosto de 2007, Consejero Ponente: Camilo Arciniegas Andrade; Radicación número: 19001-23-31-000-2004-01837-01(AP). En igual sentido, ver sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, el 31 de octubre de 2002, Exp. AP-059.

jurídico, eliminando de esa forma cualquier consideración de carácter subjetivo en la inferencia que encuentre el juez en torno ó no de ese derecho. En lo pertinente señaló la Sala:

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

Por contera la vulneración a la moral administrativa no se colige de la apreciación individual y subjetiva del juez en relación con la conducta de quien ejerce función pública; tal inferencia, como lo ha concluido la Sala, surge cuando se advierte la inobservancia grosera, arbitraria y alejada de todo fundamento legal, de las normas a las cuales debe atenerse el administrador en el cumplimiento de la función pública. Cabe agregar que la sola desatención de los trámites, procedimientos y reglamentos establecidos normativamente para el ejercicio de la función pública, en que el encargado de la misma incurra, no lleva a concluir automáticamente y sin fórmula de juicio, la vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa; es necesario además, que de la conducta transgresora del ordenamiento establecido pueda predicarse antijuridicidad, entendido este elemento como la intención manifiesta del funcionario de vulnerar los deberes que debe observar en los procedimientos a su cargo.

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

Este último argumento es ratificado en la sentencia del Consejo de Estado de 2 de junio de 2005, Exp. AP-720, y en la sentencia de la misma Corporación de 19 de abril de 2007, Radicación No.: AP-540012331000200300266 01.

Igualmente, todos argumentos expuestos en esta sentencia son reiterados de manera literal en el pronunciamiento del **Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Camilo Arciniegas Andrade, Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil siete (2007), Radicación número: 23001-23-31-000-2004-00620-01(AP), Actor: Fundación Ambiental Grito de la Tierra – FUNTIERRA, Demandado: Municipio de Ayapel**, que deniega la apelación contra la sentencia de 9 de diciembre de 2004 del Tribunal Administrativo de Córdoba.

En el caso antedicho, el Municipio de Ayapel había incumplido, durante 15 años, la obligación impuesta por el artículo 111 de la Ley 99 de 1993, referente a la apropiación de un porcentaje no inferior al 1% de los ingresos del Municipio, para adquirir áreas de importancia estratégica para la conservación de los recursos hídricos que alimentan los acueductos.

Reconociendo la afectación de los derechos colectivos al equilibrio ecológico y al manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, el Alcalde de Ayapel, en audiencia de pacto de cumplimiento, “se comprometió a incluir en el presupuesto una partida equivalente al 1% de los recursos propios del Municipio desde el año 1994 hasta el 2004, a adelantar las gestiones para adquirir las áreas de importancia estratégica para la conservación de los recursos hídricos, y a celebrar Convenio con la CVS para su administración”.⁸¹

En sentencia de 9 de diciembre de 2004 el Tribunal Administrativo de Córdoba analizó la legalidad y congruencia de lo acordado en el pacto de cumplimiento con los hechos y pretensiones de la demanda, aprobó el acuerdo, y reconoció a la actora un incentivo equivalente a diez (10) salarios mínimos a cargo del Municipio de Ayapel.

Sin embargo, la actora interpuso recurso de apelación contra la providencia señalada, pues a su juicio el incentivo económico se debió reconocer conforme a lo dispuesto por el Art. 40 de la Ley 472 de 1998, que establece que el demandante tendrá derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular, ya que en su concepto, el derecho colectivo vulnerado es la moralidad administrativa.

El Consejo de Estado consideró que en el presente caso “No se demostró que los Alcaldes del Municipio de Ayapel hayan violado la moralidad administrativa por haber omitido destinar un porcentaje no inferior al 1% de sus ingresos desde 1994, para adquirir áreas de importancia estratégica para la conservación de los recursos hídricos que surten de agua los acueductos municipales y distritales

⁸¹ Respecto de la condiciones que debe cumplir el pacto de cumplimiento para su validez ver la sentencia proferida por la **CORTE CONSTITUCIONAL**, Número C – 215 de 1999.

(...)”, y que por lo tanto no hay lugar al reconocimiento del incentivo económico solicitado.

2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez, Bogotá, D.C., (19) de abril de dos mil siete (2007), Radicación No.: AP-540012331000200300266 01, Actor: Jairo Emilio Díaz Álvarez, Demandando: Municipio de Cúcuta y otro

Consideraciones respecto del Derecho Colectivo a la Moralidad Administrativa:

Igualmente al juez de la acción popular le corresponde superar los límites de la revisión de ilegalidad de la actuación con la que según la demanda se vulnera la moralidad administrativa, para extender su análisis a las motivaciones que llevaron al funcionario a ejecutar la actuación. En este sentido se pronunció la Sala en sentencia de noviembre de 2004, al señalar que:

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

Se evidencia entonces, que si bien el concepto de moralidad administrativa se subsume en el principio de legalidad, son conceptos diferentes, en tanto aquel concepto atañe a que de por medio se ventilen intereses diametralmente contrarios a la función administrativa. Así, el medio procesal para la protección de este derecho colectivo será la acción popular, en tanto que el del principio de legalidad será la acción de nulidad.

- 3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alíer Eduardo Hernández Enríquez, Bogotá D.C., 21 de febrero de dos mil siete (2007), Radicación número: 25000-23-27-000-2001-00509-01(AP), Actor: Luís Domingo Cárdenas, Demandando: Alcaldía Mayor de Bogota D.C. y Otros.**

Consideraciones respecto del Derecho Colectivo a la Moralidad Administrativa

1.- Con la acción popular se busca obtener, a través de mecanismos eficaces, la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva. Por tal motivo, procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que violen o amenacen ese clase de derechos; por consiguiente, no interesa cuál sea la causa o el origen de la violación al derecho o interés colectivo (cualquier forma de manifestación de la administración pública o de los particulares); es decir, que lo que determina la procedencia de la acción es la violación o la amenaza de un derecho o interés de esa específica naturaleza, independientemente de la causa o motivo en que tales violaciones o amenaza se originen.

2.- Así las cosas, la moralidad como principio orientador de la actividad administrativa implica el comportamiento del funcionario o particular que ejerce la función, de conformidad con una serie de parámetros o condiciones determinadas de virtud, honestidad, pulcritud, buena fe, y responsabilidad, que parten de la base del respeto por lo público y por la primacía del interés general.

El derecho a la moralidad administrativa constituye, sin lugar a dudas, uno de los principales logros obtenidos a partir de la configuración política del Estado Social de Derecho. En efecto, significa el derecho - deber que tienen todas las personas que hacen parte de la comunidad de respetar y exigir el respeto por que lo público sea orientado de manera idónea, eficiente y transparente, sin que existan ánimos o intereses subjetivos en el manejo de las funciones

estatales, sino que, por el contrario, la ejecución de las actividades y tareas públicas se haga atendiendo al interés general, con plena honestidad y pulcritud.

(...)En ese contexto, debe puntualizarse que no todo comportamiento injusto o ilegal puede tacharse de inmoral, por cuanto, este último concepto supone, específicamente, una distorsión maliciosa en el comportamiento del funcionario o del particular que cumple funciones públicas; ánimo subjetivo torticero y malicioso que implica el desconocimiento de los postulados constitucionales y legales que informan el recto y adecuado ejercicio de las funciones estatales.

4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Bogotá D.C., 21 de febrero de dos mil siete (2007), Radicación No.: AP-760012331000200500549 01.

Hechos:

La sociedad Alpha Seguridad Privada Ltda. interpuso acción popular contra las Empresas Municipales de Cali –en adelante, Emcali– con el fin de obtener la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público y a la libre competencia económica. La parte actora estima vulnerados los derechos colectivos mencionados, pues a su juicio, Emcali adjudicó y celebró un contrato para la prestación de los servicios de vigilancia de las instalaciones de la entidad con una persona incurso en una causal de inhabilidad.

Dicha afirmación la sustenta en los siguientes supuestos: 1) Dos sociedades fueron participantes y adjudicatarias del contrato; 2) los socios de una empresa participante y adjudicataria, lo eran también de otra sociedad comercial que a su vez era socia de otra empresa participante y adjudicataria; 3) los socios de una empresa participante y adjudicataria, eran miembros de la junta directiva de una sociedad comercial que a su vez era socia de otra empresa participante y adjudicataria; 4) un socio de una empresa participante y adjudicataria, era representante legal de otra sociedad comercial que a su vez era socia de otra empresa participante y adjudicataria y; 5) un socio de una empresa participante y adjudicataria tenía vínculo de primer grado de consanguinidad con socios de una sociedad comercial que a su vez era socia de otra empresa participante y adjudicataria. Por lo expuesto, el actor popular solicita la revocatoria de los actos de adjudicación y la restitución de las cosas al estado anterior.

Consideraciones respecto del Derecho Colectivo a la Moralidad Administrativa

1.- En la Constitución de 1991 la moralidad administrativa tiene dos dimensiones: una como principio orientador de la función administrativa (Art. 209) y otra como derecho o interés colectivo, “que no significan dos contenidos distintos del mismo fenómeno, sino por el contrario uno solo con una doble manifestación práctica: como principio orienta la producción normativa infra-constitucional e infra-legal a la vez que se configura como precepto interpretativo de obligatoria referencia para el operador jurídico; como derecho (o interés) colectivo en cambio, alcanza una connotación subjetiva toda vez que crea expectativas en la comunidad susceptibles de ser protegidas a través de la acción popular”, es decir, que cualquier persona en virtud del derecho colectivo, puede exigir de la administración o del sujeto que ejerza la función administrativa un comportamiento acorde con la moralidad administrativa.

En concordancia con lo expuesto, respecto del carácter de principio de la moralidad administrativa, se afirma:

(...) En otra oportunidad⁸², la Sala tocó el tema del derecho colectivo a la moralidad administrativa. Reconoció que se trata de un principio constitucional que debía ser aplicado como consecuencia del alcance cualitativo del Estado Social de derecho, que impone otra manera de interpretar el derecho disminuyendo la importancia sacramental del texto legal⁸³, pues el “Estado de Derecho es... bastante más que un mecanismo formal resuelto en una simple legalidad; es una inequívoca proclamación de valores supraleales y de su valor vinculante directo”⁸⁴.

De allí que es tarea del juez garantizar la vinculación directa de la función administrativa al valor de los principios generales proclamados por la Constitución, aunque eso le cueste, como ya lo ha reconocido la jurisprudencia de esta corporación, hacerse cargo de la difícil tarea de aplicar directamente tales principios, cuyo contenido, por esencia, es imposible de definir a priori, pues de hacerlo se corre el riesgo de quedarse en un nivel tan general, que cada persona puede extraer significados distintos y llegar a soluciones diversas^{85 86}.

2.- La procedencia de la acción popular por moralidad administrativa comporta tres elementos: La existencia de unos bienes jurídicos afectados con la conducta

⁸² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia proferida el 16 de febrero de 2001 exp. AP 170.

⁸³ Ver, entre otras, Corte Constitucional T 406 de 1992.

⁸⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho. Editorial Civitas S.A. Madrid 1986. P 170

⁸⁵ **LARENZ, Karl**. Derecho Justo, fundamentos de ética jurídica. Editorial Civitas. Madrid 1993. P 37.

⁸⁶ Esta cita es reiterada a lo largo de la jurisprudencia. Ver por ejemplo la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 22 de febrero de 2007, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

de quien ejerce la función administrativa, la existencia de una forma clara de afectación y la existencia de una reacción jurídica necesaria frente a la lesión.

En cuanto a los bienes jurídicos, este pronunciamiento establece que se afecta la moralidad administrativa cuando se atenta contra la ética y la buena fe, o cuando hay lugar a fenómenos como la corrupción. La violación a la moralidad administrativa puede constatarse de dos maneras, en primer término cuando se verifica el quebrantamiento de una norma legal que impone límites y condiciones a la función administrativa y que constituye desarrollo directo e inequívoco de la moralidad administrativa, como por ejemplo el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para la celebración de contratos con el Estado; y en segundo lugar cuando a pesar:

(...) de que 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 legal. (...) En todo caso, el juez de la acción popular deberá analizar la eventual violación o amenaza a la moralidad administrativa con referencia a la confrontación de un comportamiento administrativo con el ordenamiento normativo”, y aunque la moralidad administrativa, (...) en cuanto principio constitucional y legal que orienta la función administrativa, hace parte de la “legalidad” que esta debe observar, no se manifiesta únicamente a través de reglas y límites para el ejercicio de esta función, pues detenta un valor normativo de manera autónoma, y por tanto no pueden confundirse los principios de legalidad y moralidad administrativa, aunque existe una estrecha relación entre ellos.

(...) La aludida afectación a bienes jurídicos debe provenir de una acción, no ejecutada por cualquiera, sino solamente por aquellos sujetos que legítimamente pueden ejercer la función administrativa.

(...) En este sentido, sujetos pasivos de acciones populares impetradas para proteger la moralidad administrativa son principalmente las administraciones públicas a nivel nacional y territorial en un sentido formal; pero también otros entes públicos como los organismos de control o las entidades autónomas o independientes; así como también y de manera eventual órganos de las ramas legislativa y judicial e inclusive particulares, siempre que cumplan una función administrativa. Lo que de ninguna manera puede concebirse es un eventual juicio por moralidad administrativa a entes públicos en ejercicio de las funciones legislativa o judicial.

En lo que respecta a la naturaleza de la “acción” que debe comprobarse, debe subrayarse 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 esta se manifiesta.

En conclusión, debe verificarse “(...) una acción por parte de quien ejerce la función administrativa que se debe manifestar de manera voluntaria a través de actos, contratos o en algunas oportunidades omisiones.”

Finalmente:

(...) De nada servirían las acciones populares si los jueces que conocen de ellas no tuvieran la capacidad de adoptar medidas dirigidas a “evitar” daños o “restituir” las cosas a su estado anterior. La subjetividad de los derechos o intereses colectivos se evidencia con la expectativa de la comunidad de obtener una efectiva garantía de los mismos.

Si se dijo que las infracciones al derecho o interés colectivo de la moralidad administrativa se manifiestan a través de acciones voluntarias que trascienden la órbita de sus creadores, es decir de quienes ejercen la función administrativa y de una u otra manera relacionan o vinculan a la comunidad, el correctivo idóneo y lógico para ello es el dejar sin efectos estas manifestaciones, es decir, declarar la nulidad de actos y contratos.

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.

(...) La nulidad de actos y contratos debe, como se dijo, constituir la última ratio de las determinaciones del juez de la acción popular para “hacer cesar... la vulneración o agravio” o “restituir las cosas a su estado anterior.”

(...) Las legislaciones civil en general y administrativa en particular, son claras en permitir al juez declarar la nulidad absoluta de actos y contratos de manera oficiosa, siempre que se incurra en alguna de las causales taxativamente señaladas por el ordenamiento jurídico y que las partes interesadas hayan participado del respectivo proceso judicial⁸⁷.

(...) La sala plena de esta Corporación, así como esta sección han señalado que la anulación de un contrato, no necesariamente debe hacerse en el marco de un proceso promovido por una acción contractual y que por el contrario tal decisión judicial puede tomarse en cualquier tipo de proceso⁸⁸.

Además, al entender de esta sección, “para poder declarar la nulidad de actos y contratos en medio de acciones populares, se hace indispensable que el actor lo solicite al impetrar la acción”.

De los elementos mencionados en esta sentencia, es importante hacer especial énfasis en el carácter de principio que ostenta la moralidad administrativa pues esto determinará la forma de interpretación. De la misma manera, quiero destacar la unión que crea la sentencia entre el principio de legalidad y la moralidad administrativa, al punto de reconocer que la moralidad administrativa esta conformada, aunque no de manera exclusiva, por las normas que rigen la función administrativa – legalidad –, y que en ciertos casos la vulneración de normas legales mencionadas implica directamente la vulneración de la moralidad administrativa.

Decisión

Teniendo en cuenta que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades constituye desarrollo directo e inequívoco de la moralidad administrativa, y que en el presente caso dicho régimen fue desconocido por Ercali a través de dos acciones voluntarias⁸⁹, consistentes en el acto de adjudicación y el ulterior

⁸⁷ En sentencia del 6 de septiembre de 1999, Exp: S- 025, la Sala plena del Consejo de Estado afirmó: “De acuerdo con las dos disposiciones transcritas, la facultad del juez de lo contencioso administrativo para declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato estatal, se halla sujeta a dos condiciones: que la nulidad absoluta se encuentre plenamente demostrada en el proceso, y que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”.

⁸⁸ En sentencia del 1 de agosto de 2002, Exp. No. 21041, la sección tercera del Consejo de Estado sostuvo lo siguiente: “En consecuencia, como quiera que se trata de una facultad legal permanente del juez administrativo, éste no solo puede, sino que debe ejercerla, en todos aquellos eventos en los que estén acreditados a cabalidad los dos presupuestos antes relacionados, cualquiera que sea el proceso, instancia o trámite procesal en que sea advertida la existencia de la nulidad absoluta del contrato, aun en el trámite del recurso de anulación de laudos arbitrales, como ya lo ha precisado la Sala en oportunidades anteriores, con ocasión de estudiar y decidir la validez del pacto arbitral, habida cuenta de la naturaleza contractual que reviste dicho acuerdo entre las partes del contrato.”

⁸⁹ Las normas pertinentes sobre la materia, establecen lo siguiente:

contrato, la Sala procede, con el fin de hacer cesar la vulneración y de restituir las cosas a su estado anterior, a dejar sin efectos la adjudicación aludida y como consecuencia dejar sin efectos el contrato mencionado.

En conclusión resuelve declarar vulnerado el derecho colectivo a la moralidad administrativa y en consecuencia declarar la NULIDAD del acto a través del cual se le adjudicó el contrato a Internacional de seguridad Ltda. (Acta de adjudicación de la licitación pública No. GA-DS-003-2004 de 22 de diciembre e 2004). y la NULIDAD del contrato No. 180-GA-PS-0024-2005 celebrado entre EMCALI E.I.C.E E.S.P e Internacional de seguridad Ltda. y ordena proceder a la liquidación del mismo.

- 5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil siete (2007), Radicación No.: AP – 410012331000200400690 01, Actor: María Nubia Zamora, Demandando: Empresas Públicas de Garzón “EMPUGAR”, y la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil siete (2007), Radicación No.: AP-410012331000200400726 01, Actor: María Nubia Zamora Vargas, Demandado: Empresa de Servicios Públicos del Municipio de la Plata y otros.**

.- Artículo 8 de la Ley 80 de 1993.- De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar. 1°. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: “... g) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso. h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso.”

.- Artículo 4 del Decreto 679 de 1994 reglamentario de la Ley 80 del 93 en su primer inciso: “De las personas inhabilitadas por razón de la presentación de otras ofertas. Para efectos de establecer cuándo el oferente es inhábil en virtud de los ordinales g) y h) del numeral 1°. del artículo 8°. de la Ley 80 de 1993, porqué con anterioridad se presentó formalmente otra propuesta por las personas a que hacen referencia dichos ordinales, las entidades estatales dejarán constancia escrita de la hora y fecha exactas de la presentación de propuestas, indicando de manera clara y precisa el nombre o razón social del proponente y el de la persona que en nombre y por cuenta de éste ha efectuado materialmente el acto de presentación.”

.- Ley 80 de 1993. “Art. 44. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: 1°. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; 2°. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; 3°. Se celebren con abuso o desviación de poder; 4°. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente; y 5°. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley”.

Estas sentencias se analizarán de manera conjunta pues los hechos que originaron la interposición de las respectivas acciones populares son semejantes.

Hechos.

La actora instauró acción popular en contra de las Empresas Públicas de Garzón E.S.P., y, de las Empresa de Servicios Públicos del Municipio de La Plata y otros, respectivamente, con el fin de que se protegieran los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, presuntamente afectados como consecuencia de la celebración de varios contratos de auditoria externa de gestión y resultados, como quiera que, por tratarse de empresas de servicios públicos oficiales, la actividad de control debe ser ejercida por la Contraloría departamental y/o municipal, sin que pueda existir una duplicidad de funciones. Todo ello en atención a que la Corte Constitucional, mediante sentencia C – 290 de 2002, declaró la exequibilidad condicionada del Art. 6 de la Ley 689 de 2001, que establece la obligatoriedad de celebrar dichos contratos, bajo el entendido de que dicho deber no cobija a las empresas de servicios públicos de carácter oficial.

Consideraciones respecto del Derecho Colectivo a la Moralidad Administrativa en la sentencia de 21 de febrero de 2007 – Empresas Públicas de Garzón “EMPUGAR”.

1.- “La moralidad administrativa, entendida como concepto jurídico indeterminado - o norma en blanco- implica que, para establecer y determinar su contenido y alcance, debe ser integrada por el operador judicial, en cada caso concreto, de conformidad con las condiciones fácticas, probatorias y jurídicas que rodean la supuesta vulneración o amenaza endilgada. Lo anterior, como quiera que dada la textura abierta que ostenta la misma, su interpretación debe efectuarse con base en el contenido axiológico, político e ideológico del operador judicial que esté encargado de su aplicación.”

2.- Hay reiteración de la doble dimensión de la moralidad administrativa: i) como principio de la función administrativa (art. 209 C.P.) y, ii) como derecho de naturaleza colectiva (art. 88 C.P.). Sin embargo, se hace necesario retomar las consideraciones de este pronunciamiento, pues a diferencia de la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Hernández Enríquez, el día 21 de febrero de 2007, contra las Empresas Municipales de Cali -, hace énfasis en cuestiones fundamentales como la relación entre el principio de moralidad y el de legalidad.

Así, en este pronunciamiento se establece:

Como principio de la función administrativa, debe entenderse como aquél parámetro normativo de conducta ética que radica, en cabeza de todos los funcionarios, servidores públicos y particulares que ejercen función administrativa, una obligación axiológica y deontológica de comportamiento funcional según los postulados de la honradez, pulcritud, rectitud, buena fe, primacía del interés general y honestidad, sobre las cuales existe un consenso, por parte del conglomerado social, en un período de tiempo determinado.

En ese sentido, para la Sala es claro que no toda ilegalidad supone una inmoralidad y, en esa misma relación lógica, no toda inmoralidad presupone, necesariamente, una ilegalidad; en efecto, dada la connotación y estructura del principio bajo estudio, se tiene que su amplitud normativa permite inferir, con grado de certeza, que no toda conducta que trasgreda el mismo deba, necesariamente, tacharse de ilegal – en el sentido de vulneración de un precepto de dicho orden-. Es posible, por lo tanto, que ciertas acciones desconozcan fundamentos éticos o morales – en términos de la función administrativa-, pero no necesariamente constituyan el quebrantamiento de una disposición de rango legal.

En ese contexto, para la Sala resulta válido afirmar que es posible que el operador judicial encuentre probado un desafuero en relación con los parámetros del principio de la moralidad administrativa, sin que, previamente, tenga que verificarse la violación a una norma legal positiva. En ese orden de ideas, la Sala concluye que el concepto de moralidad administrativa, como principio de la función administrativa, desborda necesariamente, por su textura conceptual, el marco de lo legal y lo ilegal. Corresponderá por lo tanto, en cada caso concreto, establecer si la conducta de los servidores públicos o particulares que desempeñan función administrativa, se puede enmarcar dentro del campo ético que traza el principio objeto de análisis.

Frente a la moralidad administrativa entendida como derecho colectivo el Consejo de Estado afirma:

Por consiguiente, la positivización que hace la Carta Política en relación con el derecho colectivo a la moralidad administrativa, es el reconocimiento expreso que se otorga a todos los miembros de la población para que, soliciten el respeto por los parámetros culturales, morales y éticos hegemónicos que se comparten y son aceptados – en un juicio de universalidad (imperativo categórico), en términos Kantianos - por la comunidad.

(...)Así las cosas, la textura del derecho colectivo a la moralidad administrativa (art. 88 C.P.) permite que su protección no sólo pueda ser reclamada en contra de autoridades que cumplen función administrativa –a diferencia de su

aplicación como principio de la función administrativa (art. 209 C.P.)-, sino en relación con cualquier autoridad o particular que ejerzan función pública y que, por consiguiente, a través de su actuar puedan llegar a amenazar o vulnerar el mismo; y, de otra parte, es pertinente resaltar la posibilidad con que cuenta cualquier persona de solicitar del juez competente una medida de protección eficiente e idónea, que consista bien en un deber de abstinencia, o un actuar positivo por parte del sujeto pasivo de la respectiva acción popular, todo con el fin de hacer cesar la amenaza o violación o, en su defecto, restituir las cosas al estado anterior a dicha circunstancia.

De allí que, como corolario de lo anterior, para la Sala es claro que la moralidad administrativa puede entenderse bajo la óptica de dos criterios normativos que, si bien parten del mismo fundamento teórico, en su concreción o aplicación tienen diversas proyecciones a saber:

a) La moralidad administrativa como principio: Se consagra como esencial de la función administrativa y, por consiguiente, implica que todos los servidores públicos o funcionarios administrativos deben velar porque en el cumplimiento de sus tareas se respeten parámetros éticos de conducta que se comparten de manera consensual, por el conglomerado social.

b) La moralidad administrativa como derecho colectivo: Radica en cabeza de todas las personas que integran el núcleo social, la posibilidad de acudir ante el aparato jurisdiccional del poder público para reclamar, vía judicial con efectos de cosa juzgada erga omnes, mediante el agotamiento de un proceso legalmente establecido, la protección del citado derecho o interés colectivo que se ve vulnerado por la conducta activa u omisiva de un servidor público o de un particular que ejerce función pública, a causa del desconocimiento de ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha precisado⁹⁰: “En su acepción constitucional, 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 absoluta pulcritud y honestidad.”

3.- De otra parte, en relación con la posibilidad con que cuenta el juez, vía acción popular, de decretar la nulidad de un contrato estatal, esta misma Sección ha puntualizado: “(...) con los contratos también pueden amenazarse o vulnerarse, entre otros, los derechos colectivos a la moralidad y el patrimonio públicos. Y también ha concluido que las acciones populares no pueden tener idéntico objeto procesal al de las acciones de controversias

⁹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 046 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

contractuales, precisión que no significa que las conductas de acción o de omisión en la actividad contractual no puedan ser la causa jurídica de amenaza o quebranto de los derechos e intereses colectivos; porque es bien distinto el objeto procesal de las acciones de controversias contractuales que siempre persiguen y de alguna forma la satisfacción de derechos e intereses subjetivos.”

(...) Cuando en la celebración de los contratos se desconocen los fines que deben inspirarla, entre ellos, el interés general, se incurre en desviación de poder, que es causal de nulidad absoluta de los contratos (ordinal 3 del art. 44 de la ley 80 de 1993) y además, pueden verse comprometidos derechos de naturaleza colectiva como la moralidad y el patrimonio públicos, que son protegidos a través de la acción popular.

3. La ley 472 de 1998 no señala expresamente que los contratos de la administración pública puedan ser objeto del examen de legalidad a través del ejercicio de la acción popular. Sin embargo, el contrato es un instrumento para la inversión de los dineros públicos y como esta acción busca la protección de derechos colectivos que pueden resultar afectados por las actuaciones de los servidores públicos, se impone concluir que por la vía de la acción popular puede ser posible revisar la legalidad de un contrato estatal cuando éste pone en peligro o viola algún derecho colectivo.

En este sentido, el art. 40 de la ley 472 de 1998 indica que “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”. Esto significa que las irregularidades en que puede incurrirse en la actividad contractual pueden vulnerar derechos colectivos, que podrán traducirse en sobrecostos, sin que ello signifique que cuando éstos se presenten necesariamente se viole el patrimonio público, ya que será el juez en cada caso en particular, el que determine si se configura o no esa trasgresión.

(...) En consecuencia, la afirmación hecha por la Corte Constitucional en la sentencia C-088 de 2000 de que a través de las acciones populares no pueden ser debatidas ni decididas controversias de tipo contractual, constituye un obiter dicta o dicho al pasar y por lo tanto, carece de fuerza obligatoria. En este orden de ideas, el juez de la acción popular es quien tiene competencia para definir los eventos en los cuales para protección del derecho o interés colectivo hay lugar a examinar la legalidad de un contrato estatal.

4. De acuerdo con el art. 44 de la ley 80 de 1993 debe procederse a la nulidad, entre otras causales, de los contratos que se celebren contra expresa

prohibición constitucional o legal (num. 2) o desviación de poder (num.3), causales en las que pueden incurrir los contratos que lesionen derechos colectivos como el de la moralidad o el patrimonio público.

Cabe destacar, así mismo, que en la legislación colombiana la nulidad de los contratos por tales razones ya estaba prevista en las normas de derecho común, ya que el artículo 1518 del C. C. señala que los hechos moralmente imposibles por estar prohibidos por las leyes, ser contrarios a las buenas costumbres o al orden público vician la declaración de voluntad.

Así mismo, el artículo 1742 ibídem, subrogado por el art. 2º de la ley 50 de 1936, facultaba al Ministerio Público para pedir la nulidad absoluta del contrato “en interés de la moral o de la ley”.

La doctrina extrajera ha admitido que “cuando el contrato se ha celebrado mediante manejos inmorales, o en forma deshonesta, o exterioriza un favoritismo escandaloso, puede afirmarse que existen razones de legitimidad para revocarlo o anularlo, ya que la legalidad y la moralidad de la actividad administrativa no marchan ni pueden marchar divorciados”. En ese orden de ideas, “un contrato viciado de inmoralidad en su celebración o en sus fines, es tan nulo como un contrato que padece un vicio de ilegitimidad, y su revocación podrá disponerse en sede administrativa, si la inmoralidad es manifiesta, o su anulación en sede judicial, si requiere un juzgamiento, previa comprobación de la existencia del vicio mediante una investigación al respecto” (se subraya)”

Como se aprecia, resulta perfectamente viable la posibilidad con que cuenta el juez de declarar la nulidad de un contrato cuando éste amenace o vulnere claramente un derecho o interés colectivo. En tal sentido, la Sala precisa y reitera la jurisprudencia, según la cual el juez de la acción popular puede, entonces, decretar la nulidad absoluta del contrato siempre que constate efectivamente la amenaza o vulneración de un derecho de naturaleza colectiva. En efecto, la Sala en la citada oportunidad manifestó:

“En definitiva, si se acude al contexto mismo de la ley 472, como a sus antecedentes arriba reseñados, 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 incluso 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 y ley 80 de 1993), en tanto que sólo ésta puede ser declarada oficiosamente...”

Por ende es posible que la conducta que resulte lesiva de los derechos colectivos sea, precisamente, una de naturaleza contractual, es decir un acuerdo de voluntades cuya celebración y ejecución produce una clara amenaza o trasgresión a derechos o intereses de rango colectivo.

Negar la posibilidad con que cuenta el juez constitucional – concretamente de las acciones populares-, para declarar la nulidad de un contrato que quebranta derechos colectivos, supone el desconocimiento de los principios y valores reconocidos constitucionalmente, en los cuales, el nuevo paradigma de aplicación del derecho radica en la realización material y efectiva de los derechos fundamentales, individuales, sociales o colectivos.

Consideraciones respecto del Derecho Colectivo a la Moralidad Administrativa en la sentencia de 22 de febrero de 2007 – Empresa de Servicios Públicos de la Plata y otros

1.- La moralidad administrativa, como todos los principios constitucionales, informa una determinada institución jurídica, por esta razón, para definir su contenido, en un caso concreto, es necesario remitirse a la regulación de esta última. De lo dicho se infiere que los principios constitucionales, y las instituciones jurídicas, se sirven los unos a los otros, dado que aquellos constituyen la fuente de regulación de éstas y la definición del contenido de estas últimas implica regresar a dicha regulación.⁹¹

No existe una fórmula para evaluar la moralidad administrativa, por lo que su presunta vulneración debe ser analizada en cada caso concreto, a la luz de otros derechos o principios legales y constitucionales. Debe aclararse, sin embargo, que no toda ilegalidad atenta contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa, por lo que debe probarse la mala fe de la administración y la vulneración a otros derechos colectivos.

Ahora, para la Corte Constitucional, la moralidad, “en su acepción constitucional, 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 absoluta pulcritud y honestidad.”⁹²

⁹¹ Este nuevo concepto de moralidad administrativa, derivado de las instituciones jurídicas que el mismo principio informa, será desarrollado con mayor precisión en la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, el día 17 de junio de 2001, Radicación: AP – 166, que decide la acción popular instaurada en contra del Municipio de Pasto por la construcción del Nuevo Estadio Pastusidad Tercer Milenio.

⁹² **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C – 046 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Lo expuesto por la Corte pone en evidencia la estrecha relación entre los derechos a la moralidad administrativa y el patrimonio público, que, en ocasiones, los hace inescindibles, aunque cada uno de ellos posea una naturaleza distinta e independiente.

2.- En todo caso, vale la pena recalcar que si bien la acción popular procede frente a contratos estatales, bien por su celebración (vgr. porque están incursos en una causal de nulidad absoluta) o por su ejecución, inejecución o mala o defectuosa ejecución, queda siempre a cargo del actor la prueba de la ilegalidad –de una parte – y de la amenaza o vulneración del derecho colectivo –de otra–, pues sólo de la concurrencia de las dos surge la procedencia de esta acción constitucional. Esto es así, porque la acción popular no se estableció a manera de reemplazo de la acción contractual, de modo tal que toda controversia contractual pudiera trasladarse a ella y tramitarse y decidirse por el procedimiento especial. La razón de ser de la acción constitucional es la protección de derechos o intereses colectivos, cuya amenaza o vulneración han de aparecer claramente probadas en el proceso.

(...)Además, debe entenderse que cuando el artículo 40 de la ley 472 prevé la responsabilidad solidaria entre el representante legal de la entidad contratante y el contratista, por sobrecostos e irregularidades en la contratación, se autoriza al juez de la acción popular para examinar la validez del contrato.

(...)Ahora bien, conforme al 34 de la ley 472 resulta posible anular un contrato siempre que se configure una causal de nulidad absoluta prevista por la ley, que en el proceso hayan intervenido las partes del contrato, y que además viole o amenace violar los derechos colectivos, como ocurre en el presente caso. Para la Sala el art. 34 admite esta posibilidad, pues no establece un catálogo taxativo de medidas que deba adoptar el juez para proteger esta clase de derechos, sino que se trata de una serie de nociones cargadas semánticamente de conceptos jurídicos indeterminados, que permiten encontrar, dentro de ellas, muchas posibilidades de acción para el juez.

Decisión.

Pese a que los dos casos tienen supuestos fácticos iguales, las decisiones adoptadas son diferentes en su esencia.

En primer término, debemos decir, que en las dos sentencias se deniega la prosperidad de las pretensiones en relación con la moralidad administrativa, pues a juicio de los juzgadores en los procesos no se demostró que las empresas de servicios públicos obrasen de mala fe, “pretendido apartarse de los fines e intereses del Estado o de los principios que deben regir la función administrativa, como tampoco que su intención, al celebrar el contrato(...), haya sido la de beneficiar intereses particulares o de terceros”.

En segundo lugar, en las dos sentencias se declaró la prosperidad de las pretensiones frente a la vulneración del patrimonio público, en especial, la sentencia proferida el 22 de febrero de 2007 afirma: “Según lo analizado en el punto anterior, resulta clara la vulneración al derecho colectivo al patrimonio público, dado que se celebró un contrato prohibido por el ordenamiento jurídico y con detrimento claro del patrimonio estatal.”

Sin embargo, las ordenes de hacer o no hacer, a las que alude el Art. 34 de la Ley 472 de 1998, y que emite el juez con el fin de hacer cesar la vulneración y de restituir las cosas al estado anterior si fuere posible, son diferentes en los dos pronunciamientos:

1.- En la sentencia de 21 de febrero de 2007 la Sala revocó la decisión apelada para, en su lugar, acceder a la protección del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, decretó la nulidad del contrato número 003 de 2003 celebrado entre EMPUGAR E.S.P. y la Cooperativa Colombiana de Contadores Públicos Contables y, por último, dispuso que se realicen las respectivas restituciones mutuas a que haya lugar, de conformidad con el contenido del artículo 1746 del Código Civil, en tanto que el régimen contractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios, según el artículo 31 de la ley 142 de 1994, es el privado.

2.- En la sentencia de 22 de febrero de 2007 se declaró únicamente la nulidad del contrato, pues teniendo en cuenta que éste adolecía de objeto ilícito y que se rige por el derecho privado, y por tanto por lo dispuesto en el Art. 1525 del CC y no por lo dispuesto por el Art. 48 de la Ley 80 de 1993⁹³, a juicio de la Sala no hay lugar a ordenar las restituciones mutuas. Además, se advirtió a la empresa de servicios públicos para que en adelante se abstenga de celebrar contratos como los analizados en este proceso.

Antes de continuar, se hace necesario mencionar que los argumentos expuestos en el numeral 2, segundo párrafo, de la parte considerativa, de la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 21 de febrero de 2007, C.P. Alier E. Hernández Enríquez, Demandado: Empresas Municipales de Cali – EMCALI; y en

⁹³ “Una solución diferente se prevé para los contratos que se rigen por la ley 80 de 1993, en cuyo caso ha dicho la Sala que: “En resumen, para la Sala el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 establece efectivamente una regla distinta a la del Código Civil, consistente en que el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto o causa ilícita, sólo tienen lugar cuando se pruebe que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido. Se trata, pues, de una regla diferente a la prevista en la legislación civil en tanto que condiciona el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas al beneficio del Estado y solamente hasta el monto del mismo. La especialidad de la norma de la ley 80 no radica, entonces, en impedir las sanciones que se derivan por violación del orden jurídico a sabiendas y así evitar un enriquecimiento sin causa en contra del contratista, pues, como ha indicado la Corte Suprema de Justicia, esta figura exige que con su ejercicio no se pretenda violar el ordenamiento jurídico. En otras palabras, esta disposición se aplicaría únicamente cuando las partes no hubiesen celebrado un contrato con objeto o causa ilícitos a sabiendas”.”

el numeral 1, párrafos uno y dos, de la parte considerativa, de la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 22 de febrero de 2007, C.P. Alier E. Hernández Enríquez, Demandado: Empresas Públicas del Municipio de La Plata y otros, son reiterados en el pronunciamiento del **Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Alier E. Hernández Enríquez, Bogotá, D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil siete (2007), Radicación número: 19001-23-31-000-2004-01536-01(AP), Actor: Juan Pablo Muñoz y otros, Demandado: Fondo Nacional del Ahorro y otros.**

En este caso, los actores interpusieron acción popular con el fin de obtener la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, que estimaron vulnerado con fundamento en los siguientes hechos: 1. El Municipio de Popayán, por medio de su alcalde, presentó, en el mes de septiembre de 1998, al Fondo Nacional del Ahorro, el proyecto de vivienda de interés social, que se denominó “Villa Hermosa del Norte”; convenio en el cual, la Alcaldía sería la canalizadora de los recursos que giraría el Fondo Nacional del Ahorro. 2. Los recursos provenientes del Fondo estaban constituidos de una parte, por las cesantías de los afiliados favorecidos (en total 89 familias) y, de otra, por los préstamos que esa entidad aprobara para cada uno de los afiliados. 3. Para la construcción de las viviendas de interés social, se contrató a la Constructora Los Faroles Ltda. 4. Para la ejecución de la obra, la Alcaldía de Popayán realizaría los siguientes desembolsos: el 40% del valor total de la obra previa la presentación de la escritura pública de compraventa, mutuo e hipoteca de cada uno de los beneficiarios del Fondo Nacional del Ahorro; otro 40% que se denominó como “contra avance”, cuando el Municipio de Popayán certificara el avance de la obra y señalara quién iba a ser el interventor del convenio; y el 20% final, con la entrega de las viviendas terminadas, saldo que se encuentra pendiente de girar por parte del Fondo Nacional del Ahorro, toda vez que el constructor no cumplió con la entrega de las viviendas. Los actores consideraron que el segundo desembolso fue ilegal pues la Alcaldía certificó progresos falsos de la obra en cuestión. 5. Ninguna vivienda ha sido entregada para la habitación. 6. El Fondo Nacional del Ahorro continúa cobrando las cuotas de los respectivos créditos a los beneficiarios.

La Sala consideró que no existía vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, pues de acuerdo a lo probado en el proceso, el segundo desembolso fue legal en tanto que se había ejecutado más de un 50% de la obra. Además, la conducta del Municipio frente al incumplimiento no fue negligente.

Por otra parte, la Sala consideró que la relación constructor – usuario es de naturaleza contractual, y que por lo tanto la discusión respecto del cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicha relación es asunto propio de una relación privada, en ese sentido afirmó:

En cuanto al hecho de que el Fondo Nacional del Ahorro continúa cobrando los créditos, el despacho advierte que esta jurisdicción no es competente para determinar si se incumplieron o no las obligaciones contractuales, porque se trata de una obligación privada de naturaleza contractual, por lo tanto no puede la jurisdicción de lo contencioso establecer las consecuencias y los perjuicios materiales que dicha situación pueda traer a los beneficiarios. Entonces, como la relación existente entre constructor y usuario es una relación de naturaleza contractual regida por el derecho privado, su conocimiento le corresponde a la justicia ordinaria, motivo por el cual la Sala se abstendrá de pronunciarse al respecto.

6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez, Bogotá D. C., diez (10) de febrero de dos mil cinco (2005), Radicación No.: 25000-23-25-000-2003-00254-01, Actor: Exenober Hernández Romero, Referencia: AP 00254

Consideraciones respecto del Derecho Colectivo a la Moralidad Administrativa:

Sobre el contenido del principio y derecho colectivo de la moralidad la Sala ha precisado⁹⁴:

Primero: Que el derecho colectivo a la moralidad administrativa, contenido en el artículo 4 de la ley 472 de 1998, se asimila a lo que en derecho penal se ha denominado como una norma en blanco, al contener elementos cuya definición se encuentran, o se deberían hallar en otras disposiciones, y que para verificar su posible amenaza o vulneración es necesario acudir al desarrollo específico que haya hecho el legislador sobre alguno de los aspectos del principio⁹⁵.

(...)Segundo: Que por el carácter básicamente legislado del Derecho Colombiano, el estudio que debe efectuarse en las acciones populares sobre la moralidad administrativa no está encaminado a hacer un juicio volitivo o de conciencia sobre la actuación del funcionario o del Estado, pues lo perseguido a través de esta acción no es otra cosa que la protección del derecho a la moralidad administrativa, donde la evaluación de la conducta de la autoridad

⁹⁴ Ver CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de septiembre 26 de 2002, Consejero Ponente María Elena Giraldo, Exp. AP 800; Sección Tercera, Sentencia de 22 de enero de 2004, Consejero Ponente María Elena Giraldo, Exp. AP 446 y AP 7472.

⁹⁵ Este pronunciamiento realiza cita textual de la sentencia proferida por el Consejo de Estado el día 17 de junio de 2001, Consejero Ponente: Alier Hernández E., Actor: Manuel Jesús Bravo, Exp. AP 166, que será desarrollada más adelante por constituir una de las sentencias más importantes en la materia.

sólo puede hacerse bajo la perspectiva de la función administrativa, enmarcada por los principios constitucionales y las normas jurídicas. Y entonces para que pueda hablarse de vulneración a tal derecho colectivo, debe existir necesariamente una trasgresión al ordenamiento jurídico, además de otros elementos adicionales, porque no toda ilegalidad atenta contra dicho derecho, debiendo probarse también la mala fe de la Administración y la vulneración a otros derechos colectivos⁹⁶.

Tercero: Aunque⁹⁷ el derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa no se encuentra definido en la ley 472 de 1998, en sus antecedentes se precisó como derecho colectivo la moralidad administrativa y la prevención de cualquier práctica corrupta por parte de los servidores públicos; y dio la siguiente definición: “Se entenderá por moralidad administrativa el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidados propios de un buen funcionario (Cfr. Gaceta del Congreso No. 277 de septiembre 5 de 1995, Pág. 1).”

Cabe anotar, que este tercer elemento también es resaltado otras sentencias, en especial, en la sentencia proferida por el **Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de enero de 2006, Expediente 02356-01**; al afirmar lo siguiente:

Además, ha señalado esta Sala que aunque “pueda imaginarse un daño a la moralidad administrativa aislado de sus consecuencias..., en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, el de la libre competencia económica, el de la seguridad pública o el de la prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros”⁹⁸.

⁹⁶ **CONSEJO DE ESTADO**, Sección Tercera, Sentencia del 6 de septiembre de 2001, Consejero Ponente Jesús María Carrillo, Actor: Jorge A. Piedrahita Aduen, Exp. AP 163

⁹⁷ **CONSEJO DE ESTADO**, Sección Tercera, Sentencia del 17 de junio de 2001, Consejero Ponente Alier Hernández E., Exp. AP 166.

⁹⁸ Sentencia, Sección Tercera, del 17 de junio de 2001, exp: Ap- 166: “Aunque el derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa no se encuentra definido en la ley 472 de 1998, en los antecedentes de la ley al precisar como derecho colectivo “la moralidad administrativa y la prevención de cualquier práctica corrupta por parte de los servidores públicos”, se dio la siguiente definición: “Se entenderá por moralidad, administrativa el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidados propios de un buen funcionario” (Cfr. Gaceta del Congreso 277 de septiembre 5 de 1995, pág. 1).”

Sobre este aspecto, en la sentencia de la Sección Cuarta del 20 de abril de 2000, exp: AP-52, se dijo que: “la moralidad administrativa persigue, entre otros objetivos, el manejo adecuado del erario público y en general que los funcionarios públicos asuman un comportamiento ético frente al mismo, pues los servidores públicos

Así, en el mismo análisis que se realizó frente al derecho colectivo de la moralidad administrativa en el caso objeto de estudio, esta intrínseco el derecho colectivo del patrimonio público, esto es, que al concluir que no se ha vulnerado la moralidad administrativa alegada por el actor y que según él la consecuencia directa era la vulneración del patrimonio, no probada la primera, necesariamente no se da su consecuencia.

7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Bogotá, D.C., septiembre (6) de dos mil uno (2001), Radicación No.: 13001-23-31-000-2000-0005-01(AP-163), Actor: Jorge A. Piedrahita Aduen.

Hechos:

El actor interpuso acción popular en contra de la Secretaría de Educación del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena, para solicitar la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el cual, a juicio del actor, fue vulnerado por la celebración de un Convenio con la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello con rubros de destinación específica.

El actor fundamenta esta afirmación en los siguientes hechos: 1.- El Ministerio de Educación Nacional determinó que el Distrito de Cartagena tenía un déficit en el presupuesto del año de 1998, en los rubros de pago a nómina docente con recursos del Situado Fiscal.; 2.- Con fundamento en lo anterior, el Ministerio le asignó la suma de \$3.807.611.543 al Distrito de Cartagena; 3.- En la Resolución No. 3340, por medio de la cual se realiza la asignación de dineros por parte del Ministerio, se establece: "El distrito debe incorporar al presupuesto del distrito los recursos que transfiere el Ministerio de Educación Nacional, con el único fin de cubrir los pagos del personal docente y administrativo; gastos generales y contribuciones inherentes a la nómina que se vienen financiando con los recursos del situado fiscal, incluidos los de la Educación Misional Contratada, de acuerdo con el déficit del situado fiscal aprobado para prestación de servicio."; 4.- Está establecido que realmente no existía déficit, sino un superávit; 5.- El Distrito de Cartagena invirtió los dineros con destinación específica, en la celebración de un Convenio con la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello, que "(...)tiene por objeto el mejoramiento de la calidad de la educación y ampliación de la cobertura educativa, elaborar contratos para la prestación de servicios profesionales con entidades especializadas y/o, personas naturales que cumplan con estas funciones y cuyo objeto es beneficiar a la comunidad educativa de Cartagena de Indias".

pueden incurrir en conductas que la generalidad tacharía de inmorales, o en otras que podrían ser sancionadas disciplinaria o penalmente".

Consideraciones respecto del Derecho Colectivo a la Moralidad Administrativa.

1.- De allí que no sólo la moralidad administrativa sea un derecho colectivo, también es un principio de la función administrativa.

La adopción de principios dentro de la función del juez conlleva (sic) consigo la necesidad imperiosa de aplicar en el caso concreto, el principio conforme a las reglas de la sana crítica, pues como lo establece Radbruch: “Esto presupone que la justicia se encuentre en condiciones de aplicar el derecho. Legalidad, búsqueda de la equidad, seguridad jurídica, son las exigencias de una justicia”⁹⁹.

Uno de los problemas jurídicos presentes en el caso sub-examine, consiste en determinar como converge el principio-derecho en la situación fáctica, y allí es donde entran en juego otros principios y reglas, pues la moralidad administrativa no es un concepto aislado en el universo jurídico, los criterios auxiliares y principios de la justicia permiten establecer que la moralidad administrativa debe estar acorde con el Estado Social de Derecho, con el debido desempeño de las funciones, con la prevalencia del interés general, la buena fe, el derecho colectivo de la defensa del patrimonio público y la democracia participativa.

Sobre este punto, Perelman expone:

“El debate judicial y la lógica jurídica se refieren- no lo olvidemos - a la elección de las premisas que se encuentran mejor motivadas y que suscitan menos objeciones. El papel de la lógica formal es hacer que la solución sea solidaria con las premisas, pero el de la lógica jurídica es mostrar la aceptabilidad de las premisas. Esa aceptabilidad resulta de la confrontación de los medios de prueba y de los argumentos y de los valores que se contraponen en el litigio. El juez debe efectuar el arbitraje de unos y otros para tomar una decisión y motivarla. Ocurre muchas veces que la decisión la dictan consideraciones extrajurídicas y que la motivación que inserta el juicio dentro del sistema de derecho en vigor sólo sobreviene después.

La lógica jurídica especialmente la judicial, que hemos tratado de obtener a través del análisis del razonamiento de los juristas y especialmente de las Cortes de Casación, se presenta, en conclusión, no como una lógica formal, sino como una argumentación, que depende de la manera en que

⁹⁹ **RADBRUCH Gustav**, Relativismo y Derecho, Traducción de Luis Villar Borda, Editorial Temis. Bogotá. 1992, pág 27.

los legisladores y los jueces conciben su misión y de la idea que se hacen del derecho y de su funcionamiento en la sociedad¹⁰⁰. (Subrayas de la Sala)

Es por esta argumentación, que el juez debe propender por un camino que algunas veces se torna tortuoso y dispendioso, cuando el principio se torna en una abstracción, sobre todo en casos como éste, en el cual se están conciliando valores que se consideraban contrapuestos algunas veces como lo son el derecho y la moral, razón por la cual desde los tiempos de la ilustración autores como Immanuel Kant¹⁰¹ expresaban que el derecho obedece al deber ser y la moral es inmanente al ser.

Pero, en aras de buscar la materialización del principio, el juez toma las premisas y los supuestos fácticos, dando un valor a la argumentación que el conduce con un objetivo: La realización de la justicia mediante la aplicación de las normas en el caso concreto.

2.- (...) “La afirmación de que hay una relación entre lo moral y lo jurídico no debe permitir un desdibujamiento de las fronteras que existen entre dos ordenamientos con rasgos propios, como son los de la ética y el del derecho. Haber logrado separarlos, fue el resultado de una larga lucha y un proceso civilizador (...)”¹⁰².

Por lo tanto, el sentido de esta acción no se encamina a determinar la actuación de la conciencia del funcionario, lo perseguido cuando se incoan estas acciones, es proteger un principio constitucional que difiere de la regla moral individual, la moralidad administrativa obedece a factores en los cuales se hace presente la conducta de la autoridad bajo otra perspectiva: La función administrativa, una proyección exterior y con la cual se entrelazan principios constitucionales y normas jurídicas, más nunca se entenderá que la acción popular se ejerció con un propósito diferente.

Es únicamente el principio de la moralidad administrativa y no otros conceptos inmanentes al ser, los que se pueden proteger bajo el ejercicio de esta acción.

3.- La moralidad administrativa se presenta como un concepto que no es inmanente al ser, es una guía, un derrotero que aplica como principio al ejercicio del poder en especial la función administrativa, se convierte en un marco bajo el cual se deben ejercer las funciones.

¹⁰⁰ Perelman Chaim, *Lógica Jurídica y Nueva Retórica*, Ed. Civitas, Madrid, 1989, Págs 232-233.

¹⁰¹ Kant Immanuel, *Crítica de la Razón Práctica*, Traducción de E. Miñana y M. García Morente, Ed. Espasa, Madrid 1975.

¹⁰² **VILLAR BORDA Luís**, *Ética, Derecho y Democracia*, Edic. Gustavo Ibáñez, Bogotá 1994, Pág 40.

Para evaluar la moralidad administrativa, no existen fórmulas de medición o análisis, se debe acudir al caso concreto, para sopesar la vulneración a éste derecho colectivo, derecho que en todos los casos debe estar en conexidad con otros derechos o principios legales y constitucionales para que pueda ser objeto de una decisión jurídica, a su vez, debe existir una trasgresión al ordenamiento jurídico con la conducta ejercida por la autoridad. Sin estos elementos no se configura, la vulneración de éste derecho colectivo y las afirmaciones de los actores no pasarían de ser meras abstracciones, y los casos analizados se transformarían en dogmas. Sin embargo, como ya lo había manifestado esta Sala, no toda ilegalidad atenta contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa, hace falta que se pruebe la mala fe de la administración y la vulneración a otros derechos colectivos. A su vez, las ilegalidades ayudan a determinar el alcance de la moralidad administrativa en un caso concreto, en esta valoración, el juez se nutre de principios constitucionales con los cuales se determina el contenido de la norma en blanco: La Moralidad Administrativa.

4.- Bien sea que se decida aplicar el principio de la protección prevalente y eficaz de los derechos o el principio del *lura Novit Curia*, las dos vías procesales convergen en una conclusión sustancial: Es válido al juez de las acciones populares proteger otros derechos colectivos no alegados por el actor, con el fin de proteger a una comunidad que está afectada por la decisión jurídica, más no está representada en su totalidad en la Litis y por ende los principios constitucionales y demás normas legales son parte de la decisión del juez de esta acción.

(...) En síntesis, en virtud de la naturaleza especial de la Acción Popular, es válido que el juez profiera fallos *ultra o extra petita*.

Decisión:

En el caso concreto, la administración ha desconocido el principio orientador de la función administrativa de la moralidad y vulneró el derecho colectivo del adecuado manejo del patrimonio público, por cuanto omitió en el ejercicio de sus funciones, el deber de administrar y aplicar debidamente los recursos públicos, más aún cuando estos tienen destinación específica y por ende no pueden sustraerse del rubro presupuestal asignado para darles otro destino, cuando tales dineros deben retornarse por no existir el hecho que los generó y aún así no se devuelven.

(...) La celebración del Convenio 002 de 1998 es un acto potestativo de la administración, que en nada puede ser objeto de una acción popular, el asunto objeto de análisis consiste en determinar como ya se hizo, el destino de un rubro con un fin específico: El pago de la nómina docente.

(...) Por esto, la acción popular no puede entrar a discutir la validez de un contrato, más si puede discutir el manejo de los recursos públicos, la moralidad administrativa y el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público.

(...) Dado que la sala encontró que la administración lesionó la moralidad administrativa, ya que obró con deslealtad con la administración central y vulneró el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, al dar un manejo impropio a recursos que tenían como fin el pago de plazas docentes, se accederá a las súplicas de la demanda (...)

Por lo tanto, se concede el amparo a los derechos colectivos a la Moralidad Administrativa y a la Protección y Defensa del Patrimonio Público, y se ordena devolver los dineros en su totalidad los dineros entregados por el Ministerio de Educación, incluyendo los rendimientos financieros, ya que la Alcaldía de Cartagena, al momento de celebrar el Convenio #002 de 1998, conocía enteramente que las sumas con las que canceló el convenio eran de destinación específica. No sin antes advertir que la Alcaldía de Cartagena puede repetir contra los funcionarios responsables de estos hechos.

8. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla, Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil uno (2001), Radicación No.: 54001-23-31-000-2000-1749-01(AP-124), Actor: Orlando Rueda Vera.

Consideraciones respecto del Derecho Colectivo a la Moralidad Administrativa.

La moralidad administrativa como derecho colectivo no se encuentra definida en la Ley 472 de 1998, dado que al desarrollar las acciones populares y de grupo, sencillamente se limita a reconocer su carácter de derecho colectivo (artículo 4). Sin embargo, se puede decir que la moralidad administrativa implica que las actuaciones de los servidores públicos se desenvuelvan con el propósito de interés público y con honestidad, lealtad, interés y acatamiento de la ley.

9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Hernández Enríquez, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil uno (2001), Radicación número: AP-166, Actores: Manuel Jesús Bravo y Alfredo Cano Córdoba.

Hechos.

Los señores Manuel Jesús Bravo y Alfredo Cano Córdoba, interpusieron acción popular para solicitar la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, vulnerado por el Municipio de Pasto como consecuencia del proyecto y construcción del Nuevo Estadio Pastusidad Tercer Milenio, con fundamento en las siguientes consideraciones: 1. Se presentaron irregularidades en el proceso de contratación estatal que terminó con la constitución de la Asociación Nuevo Estadio Pastusidad Tercer Milenio – ASMEPAS. 2. La administración manejo inadecuadamente los recursos públicos tomando dinero de otros rubros destinados a sectores que deberían privilegiarse, y desconociendo el plan plurianual de inversiones del municipio. 3. La expedición de la licencia ambiental desconoció criterios legales obligatorios y apreciaciones de conveniencia y oportunidad evidentes. 4. La obra que se pretende construir no se encuentra dentro del Plan de Desarrollo Municipal, ni dentro del Plan de Ordenamiento Territorial. 5. El proyecto se ubicó en una zona inapropiada, teniendo en cuenta que el lote donde se tiene previsto construir el estadio 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 la presencia del volcán Galeras limita la expansión urbanística y la construcción de equipamientos con recursos públicos. Además, agregan que el mencionado proyecto no cuenta con licencia de construcción ni permiso de la Curaduría Urbana para adelantar movimiento de tierras.

Consideraciones respecto del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

1.- Ya en otra oportunidad¹⁰³, la Sala tocó el tema del derecho colectivo a la moralidad administrativa. Reconoció que se trata de un principio constitucional que debía ser aplicado como consecuencia del alcance cualitativo del Estado Social de derecho, que impone otra manera de interpretar el derecho disminuyendo la importancia sacramental del texto legal¹⁰⁴, pues el "Estado de Derecho es... bastante más que un mecanismo formal resuelto en una simple legalidad; es una inequívoca proclamación de valores supraleales y de su valor vinculante directo"¹⁰⁵.

De allí que es tarea del juez garantizar la vinculación directa de la función administrativa al valor de los principios generales proclamados por la Constitución, aunque eso le cueste, como ya lo ha reconocido la jurisprudencia de esta corporación, hacerse cargo de la difícil tarea de aplicar

¹⁰³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia proferida el 16 de febrero de 2001 exp. AP 170.

¹⁰⁴ Ver, entre otras, Corte Constitucional T 406 de 1992.

¹⁰⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho. Editorial Civitas S.A. Madrid 1986. P 170

directamente tales principios, cuyo contenido, por esencia, es imposible de definir a priori, pues de hacerlo se corre el riesgo de quedarse en un nivel tan general, que cada persona puede extraer significados distintos y llegar a soluciones diversas¹⁰⁶.

Pese a la dificultad, la Sala¹⁰⁷ esbozó 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 ejemplos¹⁰⁸, de manera que, cuando se produce, tiene la capacidad de obrar, respecto del principio, como elemento que lo hace reaccionar con un alcance determinado.

Al respecto, se trajo a cuento lo expuesto por Gustavo Zagrebelsky¹⁰⁹ en los siguientes términos:

"El conjunto de principios constitucionales debería constituir una suerte de **"sentido común"** del derecho, el ámbito de entendimiento y de recíproca comprensión en todo discurso jurídico*deberían desempeñar el mismo papel que los axiomas en los sistemas de lógica formal. Ahora bien, mientras estos últimos se mantiene siempre igual en la medida en que se permanezca en el mismo sistema, los axiomas de las ciencias prácticas, como el sentido común en la vida social, están sometidos al efecto del tiempo" (negritas fuera del texto original).

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,

¹⁰⁶ LARENZ, Karl. Derecho Justo, fundamentos de ética jurídica. Editorial Civitas. Madrid 1993. P 37.

¹⁰⁷ Sentencia de 16 de febrero de 2001. Exp AP 170

¹⁰⁸ LARENZ, Karl. Op. Cit. P 53

¹⁰⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo El Derecho Dúctil: Ley, derecho, justicia. Editorial Trotta. P 124

seguramente no consistirán en una definición conceptual, sino en un desarrollo específico y concreto del algún aspecto del principio.

2.- La Sala encuentra que las irregularidades contractuales no fueron probadas. Ya se ha dicho en otras ocasiones¹¹⁰ 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 atinente al manejo presupuestal, debe anotarse que aquellas acusaciones que podrían constituir inmoralidad administrativa, como las de la destinación indebida de los recursos reservados para agua y saneamiento básico, no fueron probadas durante el proceso. En efecto, tal como lo observó el Tribunal, en el expediente consta que hubo adiciones presupuestales que permitieron alcanzar suficientes apropiaciones para la realización del proyecto Estadio Pastusidad Tercer Milenio. Las otras, consistentes, básicamente, en la desobediencia a los topes impuestos por el plan plurianual de inversiones, no necesariamente constituyen violación a la moralidad, pues, al margen de que tal conducta sea o no legal, se acreditó la autorización del Concejo para cada uno de los gastos hechos con ocasión del proyecto mencionado. No sobra recordar, en este punto, que, tal como se dejó dicho en la sentencia AP 170 de 16 de febrero de 2001, no toda ilegalidad configura una inmoralidad administrativa.

3.- 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. 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.

(...)Al hilo de estas reflexiones, la Sala encuentra que la conexidad de la moralidad administrativa con otros derechos colectivos es, en este caso, indiscutible. De modo general, tal vez teóricamente pueda imaginarse un daño

¹¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 12 de octubre de 2000 exp. AP-082

a la moralidad administrativa aislado de sus consecuencias; sin embargo, 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.

4.- Sin perjuicio de lo dicho al comienzo sobre el alcance de los principios y su aplicación, es necesario resaltar, siguiendo la doctrina¹¹¹, que la concepción sustancialista del derecho, que ha sido adoptada por el pensamiento jurídico occidental, encuentra su "punto de penetración... en los principios generales del Derecho..., verdaderos principios en sentido ontológico, que informan la institución en que se manifiestan...".

El asunto cobra importancia si se tiene en cuenta que tales principios operan a través de las instituciones jurídicas, de manera que, normalmente, el contenido de aquellos es idéntico al de la idea central de la institución positiva que informan.

Así lo ha reconocido esta Corporación. En efecto, en la sentencia AP 170 de 16 de febrero de 2001, la Sala 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.

Los principios, normas e instituciones se relacionan a la manera de círculos concéntricos, siendo su núcleo los principios, como corresponde a su papel constitutivo del orden jurídico. Se trata de una relación dinámica, en la cual el centro termina proyectándose a los demás círculos, pues actúa desarrollándose en la vida de la institución por medio de las normas que lo desarrollan; de este modo preside y orienta todo el funcionamiento de la institución de que se trate¹¹².

Por lo dicho, para aplicar los principios es imprescindible determinar, para el caso concreto, cuál es la institución jurídica comprometida.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala encuentra que la función pública de planeación urbana es la institución jurídica que, en este caso, es informada por el principio de moralidad administrativa, y dentro cuya esfera se presentaron los hechos que motivaron la demanda.

¹¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho. Editorial Civitas S.A. Madrid 1986. P 79

¹¹² En ese sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op cit. Pp 79 – 81

(...)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 cual de ellos debe dársele prioridad sobre los otros.

(...) El método más apropiado para cumplir con la obligación de garantizar la vigencia de los principios que informan la función de planificación, es el de la ponderación. Aun más, debido a que la función administrativa de planeación urbanística tiene un alto contenido¹¹³ discrecional y supone complejas decisiones, se ha reconocido que en este ámbito:

"...la ponderación como procedimiento, más allá de una mera forma de argumentar, se refiere a un procedimiento administrativo en sentido estricto: una sucesión de trámites encaminados a hacer posible la identificación de los intereses mercedores de ser tenidos en cuenta, la atribución de la importancia que a cada uno de ellos deba corresponderle, las decisiones de prevalencia entre ellos, etc".

La exigencia a que debe someterse la administración, en el sentido de aplicar el procedimiento de la ponderación antes de tomar decisiones de este tipo, y su necesario resultado ponderado -conforme al criterio según el cual "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"¹¹⁴- aparece, en esta materia, como una vía de control de la actividad administrativa y de protección de los administrados. Se podría decir, con el autor citado, que el control judicial fundado en tal exigencia garantiza la vigencia del principio de la interdicción de la arbitrariedad¹¹⁵ y supera el problema de "la invocación del parapeto de la discrecionalidad técnica de la Administración", como mecanismo por medio del cual "ha evitado... (el) control judicial efectivo" de decisiones de evidente trascendencia para los intereses generales y colectivos¹¹⁶.

(...) la administración, en ejercicio de la función de planeación urbanística, está comprometida a encontrar el modelo territorial más adecuado a las

¹¹³ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. Op Cit. Pp 52 - 53

¹¹⁴ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. Op Cit. Pp 48 - 49

¹¹⁵ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. Op Cit. P 34

¹¹⁶ En ese sentido RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. Op Cit. P 98

exigencias del interés público, teniendo en cuenta las necesidades de la comunidad y la utilización racional del suelo¹¹⁷.

Por todo ello, el juez de la acción popular debe garantizar que la administración cumpla los programas finales impuestos por las normas, en este caso por el artículo 5 del POT de San Juan de Pasto. Tal garantía supone una evaluación de las decisiones administrativas que deben ser, desde esta perspectiva, el resultado de un procedimiento obligatorio de ponderación de los principios constitucionales en conflicto, sin perjuicio de que, según el caso, el análisis y ponderación de tales principios sean determinados por los derechos y bienes jurídicos comprometidos en la decisión.

Se ha dicho que agotar el proceso de ponderación, para los casos en que la administración debe obedecer y realizar normas finalísticas, es obligatorio. Ésta es 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"¹¹⁸ 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"¹¹⁹.

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

¹¹⁷ En ese sentido ver citas de jurisprudencia española en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. Op cit. Pp 52 - 53

¹¹⁸ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. Op Cit. Pp 103 - 104

¹¹⁹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. Op Cit. Pp 103 - 104

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 arroge 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.

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...)"¹²⁰, pues ellas suponen una violación flagrante al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, consagrado en los artículos 1, 6 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 efecto, tal como se ha venido diciendo la Sala, muchas veces las autoridades deben ejercer sus competencias en cumplimiento de normas finalísticas que les dejan un rango de discrecionalidad limitado por las disposiciones del mencionado precepto, en el sentido de que tales decisiones deben adecuarse a los fines de la norma que la autoriza y ser proporcionales a los hechos que le sirven de causa.

¹²⁰ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. Op Cit. P 34

5.- Aún hay otra razón para considerar que, con el proyecto del Estadio Pastusidad Tercer Milenio, se pone en riesgo la seguridad pública.

La buena fe exigible a la administración, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 83 de nuestra Constitución y 3 de la ley 489 de 1998, tiene un alcance mayor que la que se exige de los particulares, pues aparte de que no puede excusarse en el desconocimiento de la ley cuando ejerce sus funciones en virtud de facultades regladas, tampoco puede alegar ignorancia de asuntos específicos de una materia cuando ellos sean el objeto de las facultades discrecionales por medio de las cuales cumple su función.

En efecto el principio de buena fe que rige la actividad administrativa "engendra una norma jurídica completa, que, además, se eleva a la categoría o al rango de un principio general del derecho", que responde a lo que Diez-Picazo llama concepción ética del principio de buena fe, de acuerdo con la cual, "el sujeto que opera en virtud de un error o de una situación de ignorancia no es merecedor de la protección que se otorga al de buena fe, si su comportamiento no es valorado como el más adecuado conforme a diligencia socialmente exigible"¹²¹

De allí que una derivación necesaria del principio de la buena fe sea la de la confianza legítima de los administrados en las actuaciones de la administración, las cuales, por la misma razón, estimulan o desestimulan decisiones de los particulares.

Tanto lo dicho sobre el alcance del principio de buena fe de la administración, como lo atinente a los deberes que de él surgen, cobra gran importancia en el ámbito de la función planificadora urbanística, pues dada su posición frente a los particulares así como la función que en relación con ellos está llamada a cumplir, si la autoridad decide construir un gran proyecto, como el del Estadio Pastusidad Tercer Milenio, transmite a los administrados un mensaje con contenido inequívoco: ése es un punto de referencia para el desarrollo urbano del municipio.

Decisión.

Teniendo en cuenta que el artículo 5 del Plan de Ordenamiento Territorial dispone que los fines de la función pública de planeación urbana son el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales y la consecución del bien común, entre otros, y que dichos fines proveen de contenido al principio de moralidad administrativa en ese ámbito, la Sala considera que en el procedimiento

¹²¹ DIEZ_PICASO, Luis. En prologo a WIEACKER, Franz. El principio general de la buena fe. Editorial Civitas S.A. Madrid 1986. Pp 12 - 14

administrativo de ponderación, en obediencia a la dirección finalística trazada en la norma, era necesario privilegiar el derecho a la seguridad pública, pues sólo así se cumple con el deber de alcanzar la vigencia de los derechos constitucionales fundamentales de la población de Pasto y se propende por un mejoramiento en su calidad de vida.

(...)En este caso, como quedó dicho, los fines impuestos por el Artículo 5 del POT de San Juan de Pasto, a cuya consecución debió orientarse el municipio, fueron traicionados para privilegiar el cumplimiento del programa de gobierno del Alcalde; en estas condiciones, la decisión de adelantar el proyecto resultó absolutamente desproporcionada si se tiene en cuenta que la administración conocía las circunstancias de riesgo a las que sometía a los administrados y la imposibilidad de prevenir o de resistir un desastre.

(...)Finalmente, para la Sala adquiere especial significación, en la decisión que va a tomar, la ausencia de licencia de Construcción que debió expedir la curaduría urbana de San Juan de Pasto, pues dadas las especiales condiciones en que se quiso adelantar el proyecto, y sabiendo que estaba en juego la seguridad pública, lo menos que debió hacer el municipio fue obtener el pronunciamiento de la autoridad competente, encargada de representar, en este caso, a la comunidad. Dicho requisito es una exigencia legal que no admite excepciones, y su incumplimiento, conociendo las graves circunstancias que se han descrito, no favorece la buena fe con que debe actuar la administración.

(...)Dado que la sala encontró que la administración lesionó la moralidad administrativa al tomar la decisión de construir un estadio en zona de riesgo volcánico bajo y medio, y que, como consecuencia de ello, se puso en peligro, arbitrariamente, el derecho colectivo a la seguridad pública, se accederá a las súplicas de la demanda en el sentido de ordenar la suspensión de las obras, ordenar al municipio que haga 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.

10. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil uno (2001), Radicación número: AP-170, Actor: Epaminonda Moreno Parrado y otros.

Hechos.

Los señores Epaminondas Moreno Parrado, Jorge Eliécer Miranda y José Cipriano León C., interpusieron acción popular solicitando que se garantizarán los derechos colectivos a la protección del patrimonio público y a la moralidad administrativa,

vulnerados por el Fondo de Educación y Seguridad Vial – FONDATT – de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santafé de Bogotá, como consecuencia de la celebración de contratos de concesión para la explotación de los servicios de patios (garajes), grúas y área de atención al usuario (Registro Distrital Automotor, Registro Distrital de Conductores).

A juicio de los actores, en los mencionados contratos de concesión, se pactó el cobro de tarifas por la prestación de esos servicios, a pesar de que le FONDATT no tiene competencia para fijar tarifas, pues esta es una competencia exclusiva del Consejo Distrital; y además, se estableció el monto de la remuneración en favor de la entidad pública, desconociendo, en perjuicio del FONDATT, lo señalado sobre el particular en el Acuerdo Distrital No. 11 de 1998, que establece que la entidad pública mencionada – FONDATT – , debe recibir el 100% de los ingresos obtenidos por los servicios de grúas, patios, registro distrital automotor, registro distrital de conductores en lo concerniente al trámite de licencias de conducción y elaboración, renovación y cancelación de tarjetas de operación.

Consideraciones respecto del Derecho Colectivo a la Moralidad Administrativa.

1.- Dado que el constituyente dispuso, en el art.209 de la Carta, que la moralidad es uno de los principios rectores de la función administrativa, no es siquiera útil, plantear la cuestión de si el derecho debe interferir, por medio de sanciones y de otras medidas¹²², como mecanismo garante de la moral, pues con la norma mencionada no queda duda respecto de que así debe ser. En cambio, la Constitución no resolvió, como es lógico, lo atinente a la medida de tal interferencia, lo cual no significa que haya identidad entre las esferas jurídica y moral: Es cierto que la diferenciación entre ellas ha sido muy debatida, pues tradicionalmente se ha hecho consistir en que la moral es ab agenti -por exigir una adhesión íntima a la concepción de deber-, mientras que el derecho, por el contrario, es ad alterum - por requerir, apenas, una adhesión exterior a lo prescrito-¹²³, y se ha afirmado que tal diferencia es artificial, porque se deriva de una concepción tan individualista de la moral que presenta los deberes sociales como si fuesen menos morales que aquellos que cada hombre tiene para consigo mismo¹²⁴. En todo caso, es claro que las esferas de acción de un sistema normativo y otro, no son idénticas. Baste con decir que para el derecho es imposible obtener, por medio de la fuerza, el cumplimiento del deber moral; de hecho, apenas lo posibilita, porque por su

¹²² SANTIAGO NINO, Carlos. Introducción al análisis del derecho. Ariel Derecho . Barcelona 1991. P 423

¹²³ KANT, Immanuel. La metafísica de las costumbres. Ediciones REI 1989. P XXXVIII

¹²⁴ KAUFMAN, Arthur. Filosofía del derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1999. P 388

carácter impositivo externo no necesita -y casi nunca logra- una convicción íntima del sujeto¹²⁵.

2.- Al abordar el tema de la moralidad administrativa, implícitamente se hace referencia a la corrupción, pues su significado conecta íntimamente, en uno de sus extremos, la idea de degradación, natural en un principio, y valorativa en un segundo término, de manera que, al menos desde esta última perspectiva, la corrupción está relacionada con el menoscabo de la integridad moral¹²⁶.

(...)Ese parece ser (...) el motivo por el cual nuestra Constitución Política dispone que, cuando tal degradación obre sobre los valores que soportan la función administrativa, el ordenamiento jurídico -entre otros sistemas de regulación y sanción- debe proveer a la sociedad de mecanismos para erradicar las conductas corruptas del escenario de las relaciones administrativas.

La corrupción administrativa se ha convertido en una preocupación social que se refleja en la producción de normas que intentan contrarrestar sus efectos nocivos para el bien común. Tales normas, por supuesto, suponen una intervención jurídica en los campos de la moral, lo cual es *per se* complejo, dado que la corrupción no se reduce a una mera contradicción de la ley en el ejercicio de una función pública, sino que se trata de una fenomenología de contracultura que se filtra en el tejido social, viciando las relaciones entre los administradores y los administrados¹²⁷; se trata de la degradación de la autoridad de la que ha sido investido un funcionario, con la pretensión de obtener algo a cambio¹²⁸.

En todo caso, el derecho ha regulado algunos aspectos de aquellos que preocupan a la comunidad y son entendidos por ella dentro del concepto de corrupción, los cuales, en razón de tal regulación, han adquirido una segunda naturaleza -la jurídica-, sin perjuicio de la suya inicial -la moral-. Pero ello no implica que la esfera de lo jurídico y lo moral se superpongan de manera absoluta. Lo que sucede con la adopción jurídica de un fenómeno moral puede representarse, como se ha hecho tradicionalmente, por medio de dos círculos secantes, entre los cuales sólo hay identidad allí donde hay intersección. Así, sólo rigen por igual los preceptos morales y los jurídicos respecto de los elementos que les sean comunes.

¹²⁵ *Ibidem* P 390.

¹²⁶ Artículo de FABIAN CAPARROS, Eduardo A. La Corrupción política y económica. Anotaciones para el desarrollo de su estudio; en *La Corrupción: aspectos jurídicos y económicos*. Editorial Ratio Legis Salamanca, 2000. P 17

¹²⁷ FABIAN CAPARRÓS, Eduardo A. La corrupción política y económica: Anotaciones para el desarrollo de su estudio. En *La Corrupción: Aspectos jurídicos y económica*. Editorial Ratio Legis. Salamanca, 2000. P 18.

¹²⁸ *Ibidem* P 17

3.- (...)El juez no puede dar contenido y significación a un principio en todos los casos, pues la regla general es que el legislador haya expedido una regulación contemplando alguna de las concreciones permitidas por el principio del que se trate¹²⁹, pues de lo contrario, si el juez intenta aplicar el principio partiendo de una "tentativa de definición conceptual", correrá el riesgo de quedarse en un nivel tan general que cada persona hubiera podido entender algo distinto y dar soluciones diversas¹³⁰.

Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, puede afirmarse que, en materia de principios, la limitación del juez consiste, básicamente, en que, como no son reglas, para la realización de su capacidad normativa necesitan concreción, generalmente por medio de leyes.

4.- Si, como se dijo, el derecho actual está compuesto por reglas y principios, cabe anotar que las normas prescritas en las leyes son, casi siempre, reglas, mientras que las normas de rango constitucional son, en su mayoría, principios; por ello, "diferenciar los principios de las reglas significa diferenciar la Constitución de la ley"¹³¹.

De ahí también la diferencia de forma entre unos y otras; las reglas, en la medida en que prescriben lo que se debe, no se debe o se puede hacer, tienen un supuesto de hecho; en cambio, los principios no, porque ellos proporcionan "criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas"¹³².

La Corte Constitucional ha reconocido esas diferencias, explicando que, si bien los principios "están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental **no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto**"¹³³, pues "**siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta**", lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos"¹³⁴.

(...)A pesar de la dificultad, es posible esbozar una solución que privilegie la eficacia de los principios, sin hacer que la sociedad pierda confianza en el derecho. Recuérdese que los principios necesitan concreción, por su textura abierta, que escapan de toda tentativa de definición conceptual, que su significado no puede alcanzarse de manera inductiva identificando características en las diferentes reglas que los han desarrollado dado que

¹²⁹ LARENZ, Karl. Derecho Justo, fundamentos de ética jurídica. Editorial Civitas. Madrid, 1993. P 36

¹³⁰ LARENZ, Karl. Op. Cit. P 37.

¹³¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Editorial Trotta. Madrid, 1999, Pp 109 -110

¹³² ZAGREBELSKY, Gustavo. Op Cit. P 111

¹³³ Corte Constitucional C 574 de 1992

¹³⁴ Corte Constitucional C 574 de 1992

tales reglas responden a criterios especiales de la rama de derecho de que se trate, a situaciones históricas específicas y a determinados fines perseguidos por el legislador. Por ello, la concreción de los principios se realiza, más bien, mediante ejemplos¹³⁵, y cuando se produce la concreción, ella tiene la capacidad de obrar, respecto del principio, como elemento que lo hace reaccionar con un alcance determinado.

En conclusión, es posible aplicar los principios sin necesidad de una subsunción silogística, pues ellos operan por reacción, en cada caso concreto planteado por las reglas que los han desarrollado. Esto supone evidentemente, una idea básica -no necesariamente delimitada- del contenido del principio, que le permite al juez reconocerlo en el ejemplo planteado. Al respecto, resulta pertinente lo expuesto por Gustavo Zagrebelsky¹³⁶ en los siguientes términos:

"El conjunto de principios constitucionales debería constituir una suerte de **"sentido común"** del derecho, el ámbito de entendimiento y de recíproca comprensión en todo discurso jurídico deberían desempeñar el mismo papel que los axiomas en los sistemas de lógica formal. Ahora bien, mientras estos últimos se mantiene siempre igual en la medida en que se permanezca en el mismo sistema, los axiomas de las ciencias prácticas, como el sentido común en la vida social, están sometidos al efecto del tiempo" (negritas fuera del texto original).

En el caso de la moralidad administrativa, es pertinente anotar que, la regla que lo concreta 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 deberá estarse a lo que prescribe la norma remitida respecto del concepto no definido en aquella. En efecto, el mismo artículo 4 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, las regulaciones a que se refieren las normas citadas, en materia de moralidad administrativa, por las razones expuestas, seguramente no consistirán en una definición conceptual, sino en un desarrollo específico y concreto del algún aspecto del principio.

¹³⁵ LARENZ, Karl. Op. Cit. P 53

¹³⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op Cit. P 124

Por otra parte, debe advertirse que, en la medida en que, los principios ejercen un papel constitutivo del orden jurídico, todos ellos deben coexistir, por lo cual se relacionan íntimamente entre sí, de manera que la necesidad de que todos existan hace que ninguno de ellos sea absoluto pues, de no ser así, se excluirían unos a otros. En ese sentido, es probable que la protección de uno de ellos suponga, a la vez, la protección de otro diferente, sin que pueda concluirse que son idénticos.

En el caso de la moralidad administrativa es posible que se pretenda su protección por medio de la protección del principio de legalidad. Ello no quiere decir que, necesariamente todo lo legal contenga una protección a la moral, ni que todo lo ilegal sea inmoral.

Por ello, debe anotarse que siempre que se encuentre comprometida la moralidad o cuando su protección sea el móvil de la demanda, sin importar que se comprometan principios distintos, el juez de la acción popular debe estudiar el caso colocando la idea básica del principio de moralidad administrativa ante la regla que rige el caso específico, para saber si ésta lo ha concretado. Si es así, deberá evaluar, además, cuál es la reacción que, según el alcance que obtenga el principio en la regla específica, amerita el caso concreto, a fin de establecer el sentido de la decisión por adoptar y su contenido mismo.

(...)Así, si noción básica del principio de moralidad, (esa que permite "el sentido común" del derecho, y de la cual las palabras no hacen sino una incompleta alusión¹³⁷), se coloca ante la mencionada regla, es posible concluir ésta es una concreción de aquél. En efecto, el art. 24 del Acuerdo 11 de 1988 pretende guiar al funcionario que maneje los recursos, señala un resultado derivado del ejercicio recto de la función, resultado que debe alcanzarse en beneficio de los intereses del distrito, los cuales, en este caso, coinciden con el interés general al cual debe servir la administración. Más aún, puede afirmarse que si se vulnera lo preceptuado en esta regla degradando la autoridad de la que ha sido investido el servidor competente, si éste se separa del texto normativo desconociendo los fines del mismo y con la pretensión de obtener algo a cambio, si con su actuación desobediente de la regla vicia la función, entonces la ilegalidad llevará consigo una inmensa carga de inmoralidad."

Decisión.

(...) En los contratos de concesión que se relacionaron antes, se pactó una forma de pago permitida por la ley, consistente en que el concesionario, en

¹³⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op Cit. P 110

lugar de entregar al Distrito todo el dinero recaudado, para que éste después le entregara un porcentaje acordado, de una vez descuenta tal porcentaje y sólo entrega al contratante el remanente. No hay, entonces, detrimento del patrimonio público, ni actuaciones en contra de la moralidad pública, pues ambos están protegidos, para este caso, en las normas de contratación, las cuales, en los puntos sobre los que versa esta demanda, han sido observadas.

Pretender que el concesionario no reciba nada a cambio de la prestación del servicio sólo porque su pago se hace con cargo a dineros públicos, resultaría absurdo y daría lugar a un enriquecimiento sin causa por parte de la administración.

Igualmente, la Sala encuentra infundado el segundo cargo, pues el principio de la legalidad de los tributos consiste, por una parte, en que en tiempo de paz, ellos sólo pueden ser creados por los cuerpos de elección popular y, por otra, en que las entidades de la rama ejecutiva del poder público nunca pueden definir los principales elementos de los impuestos, pues ellos deben ser fijados directamente por las mencionadas corporaciones de elección popular.

Nada de lo anterior se opone a que la administración determine las tarifas de ciertas tasas y contribuciones, dejando a salvo los demás elementos del tributo (sujetos, hechos y bases), pues tal intervención administrativa está permitida por la Constitución Política¹³⁸

Por lo expuesto decide confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección B, el 10 de noviembre de 2000, y por tanto negar las suplicas de la demanda.

3.2. CONCEPTO DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA DERIVADO DEL ANALISIS JURISPRUDENCIAL

Una vez expuestas de manera literal las consideraciones judiciales, en este acápite expresaré los elementos, que a mi juicio, y después del análisis jurisprudencial respectivo, conforman la moralidad administrativa.

Además, los elementos mencionados, nos permitirán identificar las hipótesis de vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, y serán

¹³⁸ PALACIOS MEJÍA, Hugo. La economía en el derecho Constitucional Colombiano. Derecho Vigente. Bogotá 1999. Pp 91 - 95

determinantes en la manera cómo se interpreta éste derecho frente al caso en concreto. Dichos elementos son los siguientes:

- La moralidad administrativa, en el ordenamiento jurídico colombiano, es un principio (Art. 209 de la Constitución) y un derecho colectivo (Art. 4 de la Ley 472 de 1998).
- La moralidad administrativa, por su textura abierta, debe ser concretada en cada caso.
- Sin embargo, la determinación de lo que debe entenderse por moralidad administrativa, no depende de la concepción individual y subjetiva del juez, sino que debe referirse al cumplimiento de la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley, por ejemplo, al cumplimiento o no, de la prevalencia del interés del general.

Es contraria a la moralidad administrativa toda actuación que desconozca los principios y fines que rigen la función pública, en virtud de los cuales se otorgaron las facultades al funcionario que la ejecuta.

- La acción popular por moralidad administrativa no se encamina a determinar la actuación de conciencia del funcionario – moral individual-, sino a examinar la conducta de la administración en función del cumplimiento de los fines de la función pública, es decir, es una acción dirigida a evaluar la conducta del funcionario sólo bajo la perspectiva de la función administrativa, enmarcada por los principios constitucionales y las normas jurídicas.
- Existen normas jurídicas que constituyen un desarrollo directo de la moralidad administrativa, como las referentes al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que en caso de ser vulneradas implican directamente la afectación del derecho colectivo.
- Pese a lo anterior, no toda ilegalidad supone una inmoralidad. Para que una conducta vulnere la moralidad administrativa, es necesario, además de la trasgresión del ordenamiento jurídico, que de ella se pueda predicar la antijuridicidad, “entendida como la intención manifiesta del funcionario de vulnerar los deberes que debe observar en los procedimientos a su cargo”¹³⁹, es decir, que se debe vislumbrar una distorsión maliciosa en el comportamiento del funcionario o del particular que cumple funciones públicas.

¹³⁹ **CONSEJO DE ESTADO**, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D. C., quince (15) de agosto de dos mil siete (2007), Radicación No. AP-25000-23-26-000-2003-00689-01, Actor: Henry Antonio Patiño Poveda y Otros, Demandado: Distrito Capital de Bogotá y Otros.

La actuación que vulnere la moralidad administrativa debe estar desligada de los fines y principios que regulan la administración, y debe obedecer a finalidades de carácter particular con el objeto de favorecer intereses propios o de terceros.

En concordancia con lo expuesto, la referencia a la moralidad administrativa, lleva implícita la idea de corrupción, pues ésta última no hace alusión únicamente a la contradicción entre la actuación y la ley, sino que supone la degradación de las funciones de las que ha sido investido el agente, con el fin de obtener algo a cambio.

- Si no toda ilegalidad presupone una inmoralidad, no toda legalidad será moral, por tanto, no toda inmoralidad supone necesariamente una ilegalidad. Es posible que existan acciones u omisiones, que aún siendo legales, sean inmorales, pues desconocen principios y fines de la función administrativa. En estos casos la ley es utilizada como un instrumento para lograr fines contrarios a los establecidos por la Constitución.
- Existen situaciones en las que la administración goza de un amplio grado de discrecionalidad para el cumplimiento de las normas finalísticas, que son aquellas en las cuales el legislador orientó la voluntad de la administración para la consecución de determinadas metas. En estos casos, al juez de la acción popular le corresponde verificar que la decisión adoptada por la administración, haya sido fruto de un adecuado proceso de ponderación de los bienes e interés en conflicto.

La discrecionalidad de la administración está delimitada por la posibilidad de elegir entre varias soluciones igualmente justas fruto del proceso de ponderación, pero de existir una única solución ponderada, la administración deberá atenerse a ella.

Serán contrarias a la moralidad administrativa aquellas decisiones que tome la administración, en uso de sus facultades discrecionales, que no cumplan los fines impuestos por la norma y que no sean proporcionales a los hechos que les sirven de causa.

Para aplicar el principio de la moralidad administrativa al caso concreto, es necesario determinar cuál es la institución jurídica comprometida, partiendo de que los principios se relacionan con las instituciones a manera de círculos concéntricos, en los que el centro irradia a los demás, es decir, que los principios presiden y orientan a la institución jurídica respectiva.

En una institución jurídica, como la planeación urbana, se pueden ver comprometidos diversos principios, entonces, será necesario a través del método de ponderación, determinar cuál de ellos debe preceder a los otros. El

juez de la acción popular está en la obligación de analizar la corrección de la ponderación de los principios que se encuentran en contraposición, es decir, debe verificar si una decisión vulnera la moralidad administrativa porque no se encuentra amparada por un proceso adecuado de ponderación que establezca con claridad que un principio debe ser protegido en detrimento de otro.

- En la práctica, es difícil encontrar un evento en que la administración vulnere la moralidad administrativa sin afectar otros derechos colectivos, lo cual se explica porque la moralidad no constituye un concepto jurídico aislado, ni es un derecho absoluto. Sin embargo, el hecho de que en un mismo evento se afecten diversos derechos colectivos, no implica que estos pierdan su naturaleza autónoma e independiente.
- El juez de la acción popular, atendiendo el principio de la protección prevalente y eficaz de los derechos, o el principio del *Iura Novit Curia*, puede proteger derechos colectivos diferentes de los alegados por el actor popular.
- Lo expuesto anteriormente, no contraría ni exime al actor popular de la carga de probar los hechos u omisiones en que fundamenta la violación o amenaza de los derechos colectivos.
- La acción u omisión que vulnere la moralidad administrativa debe provenir de cualquier sujeto que ejerza legítimamente la función pública, más no de particulares, salvo que estos se encuentren investidos de funciones públicas.

Las acción u omisión de la administración o de los particulares con funciones públicas, no puede suponerse, sino que debe verificarse a través de manifestaciones voluntarias de la administración.

- La administración, mediante actos o contratos, puede vulnerar derechos colectivos, por tanto, le corresponderá al juez popular dejarlos sin efectos, es decir, declarar la nulidad, siempre y cuando sea la única opción.

Le corresponde al juez de cada caso, evaluar la medida correspondiente y suficiente para hacer cesar la amenaza o la violación, y en el último evento, para prevenir que el hecho vuelva a ocurrir y para retornar las cosas a su estado anterior.

3.2.1. La moralidad como principio y como derecho colectivo.

Como quedó mencionado, la moralidad administrativa en la Constitución de 1991, presenta dos realidades jurídicas: como principio inspirador de la función administrativa, y como derecho colectivo. Estas dos dimensiones, no significan

dos conceptos distintos para una misma denominación, simplemente, significan dos maneras jurídicas distintas de concebir un mismo concepto.

Como principio, la moralidad administrativa inspira el actuar de los organismos del Estado, aunque como lo veremos más adelante, no constituye un ideal político o una opción para la administración, pues en el ordenamiento jurídico actual tiene carácter vinculante.

Como derecho, se constituye en una facultad para reclamar, ante el poder judicial, que la actuación de la administración se adecúe a lo dispuesto por la moralidad administrativa como principio, podríamos decir, que adquiere un grado mayor de eficacia, pues seguidamente a su consagración como derecho colectivo, se encuentra el otorgamiento de un mecanismo ágil para su protección, como son las acciones populares.

Me atrevería a afirmar, que esta dualidad jurídica, es decir, la consagración simultánea de la moralidad administrativa como principio y como derecho, sólo encuentra razón de ser en función de los mecanismos otorgados al derecho colectivo en caso de su vulneración o puesta en peligro.

La anterior afirmación encuentra su sustento en el pronunciamiento de la Corte Constitucional, que ha establecido que:

Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional.

(...)Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden.

(...)Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los

mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial.

(...) La diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado, de eficacia. Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto.¹⁴⁰ (Subrayado fuera de texto)

Siguiendo la tesis expuesta por el profesor Rodolfo Arango Rivadeneira¹⁴¹, de acuerdo con la cual, los derechos colectivos son derechos subjetivos¹⁴², podemos decir que un derecho subjetivo, entendido de la manera más estricta, es:

“El poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo”¹⁴³.

Según esta definición, es posible distinguir tres características del derecho subjetivo: (i) una **norma jurídica**, (ii) una **obligación jurídica** de un otro derivada de esta norma, y (iii) un **poder jurídico** para la consecución de **intereses** propios reconocidos al sujeto (es decir, una **posición jurídica**).

(...) Una norma expresada por un enunciado normativo es una norma jurídica cuando su cumplimiento puede ser forzado por el poder estatal legítimo. (...) El derecho subjetivo presupone al menos una norma jurídica válida.

(...) Un derecho subjetivo simple implica la obligación jurídica de otro, pero no a toda obligación derivada de una norma jurídica corresponde un derecho subjetivo. (...) Este es el caso en las normas jurídicas que obligan al Estado a hacer o dejar de hacer algo a favor de un interés general, sin que a estas

¹⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 574 de 1992

¹⁴¹ ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Colombia: Legis S.A., 2005. P. 70 - 72

¹⁴² En ese sentido manifiesta: “Una cosa es que los individuos tengan derechos; otra es que exclusivamente los individuos puedan ser titulares de derechos. (...) El titular de un derecho es quien se encuentra en una posición jurídica que puede ser justificada mediante razones válidas y suficientes. Que sea el individuo principalmente quien se beneficia con las posiciones aseguradas jurídicamente, no significa que los derechos atañen exclusivamente a individuos (...). Para resumir, todos los derechos individuales son derechos subjetivos, pero no todos los derechos subjetivos son derechos individuales.”

¹⁴³ H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9. Ed., München 1994, p. 141.

obligaciones correspondan los derechos del individuo favorecido por la promoción de tal interés. (...) No hay obligaciones sin normas jurídicas, pero las obligaciones jurídicas pueden ser determinadas de manera directa o indirecta.

(...) La característica de la posición jurídica (...) no debe confundirse con la del poder jurídico. (...) “Tener” un derecho es condición de su exigibilidad. (...) bajo una posición jurídica, la posición del sujeto de derecho en un ordenamiento jurídico debe entenderse como (i) la que puede ser fundamentada con razones válidas y suficientes y (ii) la que cuyo no reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminente al sujeto del derecho¹⁴⁴.

Entonces, la posición jurídica es la posición de un sujeto de derecho dentro de un orden jurídico.

Ahora bien, no por ser consagrado como derecho colectivo, la moralidad administrativa pierde su carácter de principio. Lo que sucede es que adquiere una eficacia directa frente a un caso concreto, pese a su textura abierta; he ahí la complejidad. Es decir que, los ciudadanos pueden acudir mediante una acción popular, ante un juez, para exigir de la administración una conducta acorde a la moralidad administrativa, como si acudieran a la justicia, para exigir de un particular el cumplimiento de una conducta de hacer o no hacer pactada en un contrato.

3.2.2. Relación entre la moralidad administrativa y la legalidad.

Además de las razones mencionadas, –referidas a la existencia de actuaciones legales que pueden ser inmorales, y de actuaciones ilegales que no son inmorales, porque la moralidad no es una característica predicable de la ley en todas las ocasiones, o más bien, y a pesar de las discusiones sobre el tema propuestas por las corrientes iusnaturalistas, porque no toda ley es acorde a la moral y pese a ello no deja de ser ley –, pensamos que la diferenciación entre la legalidad y la moralidad administrativa, tiene sustento en dos elementos más: en primer lugar en la ley como instrumento utilizado por los seres humanos para la consecución de fines subjetivos; y en segundo lugar, por el principio de falibilidad predicable de los funcionarios o de los particulares con funciones públicas.

Frente al primer punto, creemos que la ley por sí misma no tiene la virtud de evitar su uso para fines contrarios a los dispuestos por el ordenamiento, es decir, la ley no tiene la posibilidad de regular la intención de quién la utiliza. Dicha intención sólo será identificable a través de un conjunto de hechos y circunstancias que

¹⁴⁴ ARANGO, Rodolfo. Op. Cit. P. 8 - 22

permitan deducirla. Es por ello que no toda conducta legal tiene la virtud de ser ajustada a los fines del ordenamiento, aunque en este caso partimos de la presunción de que sí lo es¹⁴⁵, y, corresponderá al actor que interponga la acción popular por moralidad administrativa demostrar que una conducta pesé a ser legal persigue fines contrarios al ordenamiento.

Pensemos, por ejemplo, en la existencia de una práctica de monopolio en un determinado pueblo, que ha sido favorecida por la administración de manera indirecta al celebrar con una empresa determinada, reiterativamente, contratos ajustados a la ley, pero con el fin de desaparecer al otro competidor, y de obtener a cambio la satisfacción de un interés particular. En este caso, los contratos de la administración son legales, pero el fin que orientó su celebración atenta contra los derechos colectivos de los consumidores y la moralidad administrativa.

Respecto de la falibilidad, debemos decir que se predica de todo actuar humano, pues ninguna persona esta exenta de incurrir en error. Aunque la falibilidad se esgrime principalmente como una característica del juez, en la que se fundamenta la existencia de la doble instancia, creemos que también es aplicable a los actos de la administración, y en especial, cuando se trata de juzgar su inmoralidad. Prueba de la falibilidad de la administración, es la existencia de una vía gubernativa, o la posibilidad de acudir ante un juez para la revisión de los actos y contratos de la administración.

Acerca de la falibilidad, el tratadista Hernán Fabio López Blanco señala: “Los actos del juez, como toda obra humana, son susceptibles de error, bien por fallas en la aplicación de normas sustanciales o procesales, o por olvidos del funcionario”¹⁴⁶.

En el mismo sentido, el Dr. Nilson Pinilla Pinilla, afirma:

No obstante que la justicia es imprescindible para la preservación y subsistencia de la humanidad, ésta se encuentra irremediamente condenada a padecerla imperfecta, de no ser Dios mismo quien la administre

¹⁴⁵ ACEVEDO CAICEDO, Francisco José. (2007). Principio de legalidad. En: Análisis de un Canciller [en línea] Página Web versión XHTML 1.0 Transitional.[citado 30 de julio de 2008]. Disponible en Internet <<http://canciller.blogia.com/2007/031701-principio-de-legalidad.php>>: “El consejo de Estado refiriéndose al tema del principio de la legalidad, en la sentencia del 25 de Mayo de 1968 con el C.P: Alfonso Meluk, aclaró: “cuando un funcionario realiza un acto administrativo, se presumen de hecho tres indicadores: · Primero: Que el funcionario tiene la facultad para proferir y realizar el acto administrativo.· Segundo: Que el Funcionario cumple con los requisitos establecidos para proferir y realizar el acto administrativo.· Tercero: Que dicho acto vaya dirigido a obtener los fines, por los cuales se reguló la norma.””

¹⁴⁶ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Procedimiento Civil, Parte General, Tomo I, 9ª ed. Bogota D.C.: Dupre Editores, 2005. P 363

(...)Para neutralizar los riesgos de la falibilidad, propia del hombre y de la mujer, en los procedimientos judiciales se han implementado mecanismos de control e impugnación, por cuyo intermedio, entre otras posibilidades correctivas, se obliga al servidor judicial a enmendar los actos irregulares y es posible elevar las providencias trascendentes al conocimiento de funcionarios que han de poseer mayor experiencia y capacitación, preferentemente colegiados para que la pluralidad disminuya aún más el peligro de error y de parcialidad, instancia que se estima necesaria, así sea a costa de la economía, la celeridad y la eficiencia de la judicatura.

Pero siempre ha de existir un límite, en aras de esos mismos principios y de la seguridad jurídica, sin que tales funcionarios y corporaciones dejen de ser falibles, ni pueda indefectiblemente predecirse que la última decisión será la acertada, por adicionales revisiones que se instauren, lícitamente o a través de la grave arrogación que, en el caso colombiano, se ha engendrado por el abuso de la acción de tutela, a que posteriormente haré referencia.

La comunidad tiene entonces que estar consciente de que los conflictos son resueltos dentro de las limitaciones e imperfecciones dimanadas de la condición humana, sin perjuicio de procurar todos los elementos que apunten los procesos que mejor acerquen a esclarecer la verdad, restablecer el derecho y propiciar determinaciones certeras, justas y oportunas.¹⁴⁷

Teniendo en cuenta que el funcionario público o el particular con funciones públicas, como una condición de la naturaleza humana, pueden incurrir en errores, que a su vez, deriven en una ilegalidad, no podríamos pensar que toda ilegalidad constituye una inmoralidad, pues dicho error puede ocurrir por desconocimiento, por negligencia, etc., sin que exista la intención dirigida al desconocimiento de los fines constitucionales. Aceptar la idea de que toda ilegalidad vulnera la moralidad administrativa, implica afirmar que una actuación errónea, que derive en una ilegalidad, es inmoral por el sólo hecho de incurrir en el error.

En concordancia con lo expuesto, el profesor Javier Tamayo, al referirse a la procedencia de las acciones populares por moralidad administrativa, afirma:

Pero esa acción solo será procedente cuando bien sea el particular o el funcionario hayan actuado dolosamente. No basta la simple culpa, pues el concepto de “INMORALIDAD ADMINISTRATIVA” supone un comportamiento intencional. Tampoco cabe la acción popular cuando el hecho que da origen al daño consiste en una simple violación legal o constitucional del funcionario

¹⁴⁷ PINILLA PINILLA, Nilson. La crisis del sistema judicial. En: Conferencia presentada el 1 de mayo de 2003, en Cali, durante el XIV Congreso de Abogados Javerianos.

público que, sin dolo, realizó alguna actuación o expidió una norma que finalmente fue declarada inexecutable. En tales circunstancias no cabe hablar de inmoralidad.¹⁴⁸

La violación a la moralidad administrativa, como quedó demostrado a lo largo del recuento jurisprudencial, presupone la intención del funcionario de vulnerar los principios y los fines constitucionales, es decir, requiere un actuar doloso dirigido a obtener un provecho para sí o para un tercero.

Lo anterior no desvirtúa en manera alguna la responsabilidad disciplinaria, penal y fiscal en que pueda incurrir un funcionario por conductas culposas, pues simplemente en estos casos, aunque existe una falta, esta no tiene la virtud de atentar contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa, y por tanto, la actuación o la omisión no es susceptible de revisarse por medio de una acción popular. Además, éste argumento se encuentra respaldado por la naturaleza autónoma de la acción popular, y porque, como ya lo dijimos, su carácter no es sancionatorio.

Ahora bien, aunque a nuestro entender no toda ilegalidad constituye una inmoralidad administrativa, también es claro que la administración tiene la obligación de conocer la ley, y no puede excusar sus faltas en el desconocimiento de la misma, por disposición del principio de legalidad de la función pública y del principio de confianza legítima de los particulares en el Estado.

En este sentido la Corte Constitucional, en sentencia C – 1195 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería, manifestó:

Uno de los principios fundamentales de un Estado democrático es la supremacía del ordenamiento jurídico, en primer lugar de la Constitución Política. Es por ello que el Art. 6º superior establece que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y que los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

En el mismo sentido, el Art. 121 ibídem prescribe que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley, el Art. 122 prevé que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y el Art. 123 consagra que los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. Esta exigencia de sometimiento a las disposiciones jurídicas, y, más concretamente, a la ley, por parte de los

¹⁴⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. Cit. P. 50 y 51

servidores públicos configura el denominado principio de legalidad de la función pública.

La inobservancia de este mandato por parte de las autoridades estatales les acarrea responsabilidad de tipo disciplinario o penal, así como también de orden patrimonial cuando han obrado con dolo o culpa grave, conforme a la regulación legal (Arts. 90 y 124 C. Pol).

A su vez, el Consejo de Estado, en jurisprudencia que ya fue citada en este trabajo, señaló:

La buena fe exigible a la administración, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 83 de nuestra Constitución y 3 de la ley 489 de 1998, tiene un alcance mayor que la que se exige de los particulares, pues aparte de que no puede excusarse en el desconocimiento de la ley cuando ejerce sus funciones en virtud de facultades regladas, tampoco puede alegar ignorancia de asuntos específicos de una materia cuando ellos sean el objeto de las facultades discrecionales por medio de las cuales cumple su función.¹⁴⁹

La administración debe ejercer sus funciones de acuerdo a la Constitución, la ley y el reglamento, sin que el desconocimiento de éstos pueda constituir una excusa para sus faltas. En nuestro concepto, aunque la vulneración de la legalidad no siempre implica un atentado contra la moralidad administrativa, si podría constituirse en un indicio de la intención distorsionada del funcionario, quien conociendo la ley, o al menos teniendo la obligación de conocerla, decide no aplicarla.

Le corresponderá al funcionario probar las circunstancias que rodearon y que justifican su actuación. Por ejemplo, la existencia de diversas interpretaciones de un determinado precepto normativo, o, la creencia invencible de que su actuación era ajustada a la ley, pues en esos casos, pese a que la actuación es ilegal, de ella no puede predicarse la inmoralidad por la ausencia de la intención de desconocer los fines constitucionales.

3.2.3. Procedencia de las acciones populares por amenaza (daño contingente) del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Respecto a la posibilidad de instaurar una acción popular por amenaza del derecho colectivo a la moralidad administrativa, es decir, por daño contingente, me

¹⁴⁹ **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Hernández Enríquez, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil uno (2001), Radicación número: AP-166, Actores: Manuel Jesús Bravo y Alfredo Cano Córdoba.

permiso advertir, que a mi juicio no es viable, porque el concepto de moralidad administrativa exige al menos la efectiva realización de una acción u omisión por parte de la administración de la que se pueda predicar la inmoralidad.

La intención del funcionario contraria a los fines del ordenamiento debe exteriorizarse, pues de lo contrario no es relevante para el derecho, y pertenece a la órbita exclusiva del individuo. Por ejemplo, no sería suficiente afirmar que un funcionario tiene la intención de favorecer mediante un contrato un interés particular, si no existe un acto precontractual, como el acto de adjudicación, o la publicación de un pliego de condiciones que vulnere la selección objetiva, que nos permita vislumbrar dicha intención; no bastaría con afirmar que aquel funcionario se lo informó a un vecino, o que nosotros mismos lo oímos. Es más, podríamos afirmar que si instauramos una acción popular contra un acto precontractual, ésta es preventiva respecto de la celebración del contrato, pero sería una argumentación demasiado forzada, pues ya existe una materialización de la función administrativa.

En conclusión, para que la acción popular por moralidad administrativa sea viable, es necesaria la concreción de la función administrativa, es decir, la existencia de un acto o contrato, o de una omisión de la administración. Entonces, si bien una de las características de las acciones populares es que no requieren la efectiva realización del daño para su interposición, la exigencia de un acto o contrato, o de una omisión de la administración, implica la concreción de la vulneración de la moralidad administrativa, por tanto, las acciones populares por moralidad administrativa solamente tendrán carácter restitutorio e indemnizatorio.

3.2.4. Declaratoria de nulidad de los actos y contratos de la administración por parte del juez de la acción popular.

Frente a la anulación de actos y contratos de la administración por el juez de la acción popular, debemos aclarar en primera medida que el tema desborda los límites del presente trabajo, pues por sí sólo constituye un problema jurídico. Sin embargo, es nuestro interés, exponer algunas breves ideas con el fin de mejorar la comprensión del trabajo en su conjunto.

Al interior del Consejo de Estado ha existido un debate sobre el alcance de las facultades concedidas al juez por el Art. 34 de la Ley 472 de 1998, y por ende, acerca de si dichas facultades le permiten al juez anular o no los actos y contratos de la administración, cuando estos vulnere derechos colectivos.

Es unánimemente aceptado que los actos y los contratos de la administración pueden amenazar o vulnerar derechos colectivos, la discusión gira en torno a la medida que el juez debe tomar respecto de aquellos actos y contratos, es decir, si debe suspenderlos, y por cuánto tiempo, si debe ordenar la revocatoria de los

mismos, o si debe anularlos, y bajo qué condiciones. La discusión antedicha se ha visto plasmada en los distintos fallos de la Corporación, y sus correspondientes aclaraciones y salvamentos de voto.

Los que defienden la tesis de la no anulabilidad, se fundamentan principalmente en la inexistencia de una cláusula general de competencia anulatoria oficiosa, como la que existe en el derecho civil, para los jueces contencioso administrativos; y en la inexistencia de referencia expresa a la facultad anulatoria por parte del Art. 34 de la Ley 472 de 1998.

Por el contrario, los que apoyan la anulación de los actos y contratos, adoptan la tesis de efectiva garantía de los derechos colectivos, como el fin que inspira las acciones populares; y la tesis que afirma que la facultad anulatoria esta incluida en las posibilidades que el Art. 34 de la Ley 472 de 1998 le otorgó al juez popular, lo cual se encuentra respaldado por lo dispuesto en el Art. 40 de la Ley 472 de 1998¹⁵⁰.

La jurisprudencia vigente, en especial la proferida por el Consejo de Estado a partir del año 2007, adoptó la tesis garantista de los derechos colectivos, e indicó que el juez de la acción popular, puede y debe anular actos y contratos de la administración, siempre que, además de la ilegalidad, estos sean la causa de la vulneración de derechos colectivos¹⁵¹.

¹⁵⁰ “Artículo 40. Incentivo económico en acciones populares sobre moral administrativa. En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular. Para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso (...).” (Subrayado fuera de texto)

¹⁵¹ Ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, proferida en Bogotá, D.C., el 21 de febrero de 2007, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Radicación número: AP-25000-23-25-000-2005-00355-01, Actor: Mauricio Rodríguez Echeverri, Demandado: Ministerio de la Protección Social y otros. En el mismo sentido ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, proferida el 21 de febrero de 2007, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil siete (2007), Radicación No.: AP – 410012331000200400690 01, Actor: María Nubia Zamora, Demandando: Empresas Públicas de Garzón “EMPUGAR”.

4. INFLUENCIA DE LAS ACCIONES POPULARES POR MORALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA ESTABILIDAD DE LOS CONTRATOS ESTATALES: LEGITIMACION EN LA CAUSA Y CADUCIDAD

Como quedó dicho, las acciones populares constituyen un mecanismo idóneo y ágil para la valoración judicial de los contratos estatales que atenten contra derechos colectivos, entre ellos la moralidad administrativa.

En ese capítulo haremos énfasis en la legitimación en la causa y la caducidad de las acciones populares por moralidad administrativa, y su influencia en la estabilidad de los contratos estatales. A fin de desarrollar éste cometido, en primer término expondremos las nociones fundamentales de la legitimación en la causa y de la caducidad de las acciones, precisaremos su contenido en las acciones populares, aunque este tema ya fue abordado anteriormente, y, finalmente, analizaremos su influencia en la estabilidad de los contratos de la administración.

El problema del derecho de acción y de la legitimación en causa debe ser considerado en las acciones constitucionales, las acciones populares y en las acciones administrativas, cualquiera sea la naturaleza de estas últimas.

A fin de precisar la idea, diremos primero que el “derecho de acción es un derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo, que tiene toda persona natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del estado a un caso concreto, mediante una sentencia, a través de un proceso, o para pedir que se inicie la investigación penal previa al proceso”¹⁵²

El ejercicio del derecho de acción no está vinculado a la existencia o vigencia de ningún derecho, ni siquiera del derecho que se reclama o se discute en el proceso. Es simplemente la facultad del sujeto dotado de personalidad jurídica para poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado, cuya titularidad se adquiere por cumplir con el mero requisito de ser persona.

Por su parte, la legitimación en causa tiene una vinculación directa con el interés para obtener una sentencia de fondo en un determinado proceso. “Es decir, este interés hace referencia a la causa privada y subjetiva que tiene el demandante para instaurar la demanda, el demandado para contradecirla y el tercero para intervenir en el proceso”¹⁵³

¹⁵² **DEVIS ECHANDIA**, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Tomo I Teoría General del Proceso. Editorial ABC, Octava Edición, 1981, P. 196.

¹⁵³ **DEVIS ECHANDIA**, Hernando. Op. Cit. P. 260.

Por su naturaleza es diferente del interés para accionar y se convierte en un requisito de la sentencia de mérito o de fondo. El interés referido a la legitimación en la causa se caracteriza por ser sustancial, subjetivo, concreto, serio y actual.

El interés sustancial surge en función de la afectación patrimonial o moral que las resultas del proceso le puedan imponer al sujeto que ejerce o contra quien se ejerce el proceso. El carácter de concreto se refiere a que necesariamente el interés debe estar presente en cada caso que se discute o referirse a una determinada relación jurídica material objeto de demanda. Para determinar la seriedad del interés se hace referencia a un juicio de utilidad, a fin de establecer si el pronunciamiento del juez comporta un beneficio o perjuicio al demandante o al demandado. Finalmente, la actualidad hace referencia a la justificación al momento del pronunciamiento de la decisión requerida, pues si el interés no existe al momento de la integración del contradictorio, no se justifica el pronunciamiento del órgano jurisdiccional del Estado.

Uniendo estos conceptos a la materia de nuestro análisis, tenemos que considerar que el ejercicio de las acciones populares no requiere, en los términos de la Ley 472 de 1998, una legitimación por activa específica y excluyente, pues puede ser interpuesta por cualquier persona natural o jurídica. Se podría decir, entonces, que la legitimación en la causa por activa para el ejercicio de las acciones populares es universal y por ello equivalente al mero derecho de acción, en tanto para su ejercicio sólo se requiere la calidad de persona; sin embargo, para diferenciarla del derecho de acción, tiene unos requisitos que la caracterizan, como son: la existencia de un interés sustancial, concreto, serio y actual por parte del actor popular. Es decir que, si bien en las acciones populares existe una legitimación en la causa por activa, que difiere del derecho de acción, ésta se amplía de manera indeterminada a todas las personas.

Ello no es así para el ejercicio de las acciones administrativas orientadas a la revisión de un contrato estatal o de los actos previos al mismo, pues como lo veremos más adelante, en estos casos el interés para demandar – legitimación en la causa - es restringido.

La caducidad de la acción, en términos generales, se presenta cuando:

- La acción- no se ejerce dentro del tiempo fijado por la ley. Obra solamente en los casos taxativamente consagrados en la norma (...). La caducidad es un fenómeno de índole netamente procesal, puesto que afecta exclusivamente a la acción, entendida en su concepción abstracta, por cuanto impide que pueda ejercerse de manera eficaz, esto es, que produzca su natural consecuencia, como es la de generar el proceso. Sin embargo, no obsta que indirectamente

afecte el derecho material reclamado por el demandante, lo que ocurre cuando no tiene otro proceso para hacerlo valer.¹⁵⁴

En el mismo sentido el doctrinante Juan Ángel Palacio Hincapié afirma:

Se puede decir que la caducidad es un fenómeno procesal en virtud del cual, por el solo transcurso del tiempo sin que se haya hecho uso de la acción judicial, se pierde para el administrado la posibilidad de demandar el acto administrativo en la vía jurisdiccional.

Para que se dé el fenómeno jurídico de la caducidad, sólo basta la concurrencia de dos supuestos: el transcurso del tiempo y el no ejercicio de la acción. Es eminentemente objetivo, pues transcurrido el tiempo límite que señala la ley para demandar, ya no se puede incoar la acción.¹⁵⁵

Éste concepto de caducidad es reiterado, por la Corte Constitucional, en sentencia C – 709 de 2001, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra, al referirse al término de caducidad para alegar la nulidad absoluta de los contratos estatales, y en sentencia C – 115 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara.

Habíamos dicho que a partir de la sentencia C- 215 de 1999, que declaró la inexecutable de la caducidad de las pretensiones restitutorias, las acciones populares no tienen caducidad, independientemente de que la pretensión del actor sea preventiva, restitutoria o indemnizatoria.

El profesor Javier Tamayo sostiene un concepto diferente al expresado y afirma:

(...) Es preciso tener en cuenta que los daños ya causados y cuya reparación o indemnización no consigue evitar la producción de nuevos daños, están sometidos a la prescripción o caducidad previstas en el Código Civil y en el Código Contencioso Administrativo. En consecuencia, si por la contaminación ambiental se destruye un bosque y allí se agotan los efectos dañinos y ya no hay más contaminación, ni peligro de contaminación futura, ni es posible volver las cosas a su estado anterior, es claro que de lo que se trata es de una acción exclusivamente indemnizatoria, y, por lo tanto, la interpretación de la Corte no se aplica. En esa acción, el demandado podrá proponer las excepciones de caducidad y prescripción de los códigos Civil y Contencioso Administrativo, si se le demanda para que repare el daño. En cambio, si con la

¹⁵⁴ **AZULA CAMACHO**, Jaime. Manual de Derecho Procesal. Tomo I, Teoría general del proceso. 8ª ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2002. P. 130

¹⁵⁵ **PALACIO HINCAPIÉ**, Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo. Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 1999. P. 83

pérdida del bosque se ven amenazadas las aguas de un río, y todavía es posible rehacer el bosque para evitar que sus aguas se pierdan, entonces las acciones no habrán caducado.

Finalmente, consideramos que aunque las acciones tendientes a que las cosas vuelvan a su estado anterior no caducan, si con ello se busca evitar nuevos daños, de todas formas, sí se aplicarán la caducidad ordinaria o la prescripción frente a daños ya causados y que no tienen relación con daños futuros.¹⁵⁶

Para el profesor Javier Tamayo las pretensiones que buscan volver las cosas al estado anterior serán procedentes siempre que con ellas se puedan evitar nuevos daños. A nuestro juicio esta interpretación desnaturaliza la pretensión en sí misma, pues no nos encontraríamos frente a una restitución de las cosas a su estado anterior, sino frente a una pretensión preventiva de nuevos daños colectivos.

De la misma manera, existe una confusión entre las pretensiones restitutorias y las indemnizatorias, pues estas últimas, de acuerdo con el Art. 34 de la Ley 472 de 1998, serán procedentes independientemente de que sea posible restituir las cosas a su estado anterior, pues su finalidad es resarcir los daños causados a un derecho colectivo. Como quedó dicho, si bien las acciones populares pueden ser ejercidas frente a un daño contingente, eso no implica la exclusión de pretensiones restitutorias e indemnizatorias.

A su vez, restringe el alcance de la sentencia de la Corte Constitucional, que al declarar la inexecutable de la caducidad de este tipo de pretensiones, eliminó una restricción sin ningún condicionante adicional. Simplemente el Art. 11 de la Ley 472 de 1998 reza: “La acción popular podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho colectivo”.

Por lo expuesto, y en concordancia con los artículos 2 y 34 de la Ley 472 de 1998, la restitución de las cosas al estado anterior sólo se encuentra limitada por las posibilidades materiales de hacerlo, es por ello que la sentencia C – 215 de 1999 afirma:

Carece entonces de fundamento razonable y por lo mismo violatorio de derechos y principios constitucionales, el que a pesar de que exista la probabilidad de subsanar y hacer cesar una situación que afecta derechos esenciales de una comunidad presente o futura, se cierre la oportunidad para cualquiera de los sujetos afectados de actuar en su defensa, al establecer un término de caducidad cuando se demanda el restablecimiento de las cosas al

¹⁵⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. Cit. P. 146 y 147.

estado anterior a la violación del derecho, mientras ello fuere físicamente posible.

Ahora bien, habría que preguntarse sobre la posibilidad de interponer en cualquier tiempo una acción popular con una pretensión exclusivamente indemnizatoria, cuando no es posible restituir las cosas a su estado anterior. Nos encontramos frente a una situación similar, cuando el actor popular presenta como pretensión principal la restitución de las cosas al estado anterior, y de manera subsidiaria una pretensión indemnizatoria, y a lo largo del proceso se verifica la imposibilidad de retornar las cosas a su estado anterior.

En estos casos compartimos la posición del Dr. Javier Tamayo Jaramillo, lo cual no implica que dichas pretensiones no puedan ser conocidas mediante una acción popular; simplemente se refiere a la posibilidad del demandado de proponer las excepciones de caducidad y de prescripción del derecho, pues de lo contrario sería viable reclamar en todo tiempo la indemnización del daño sin que nunca exista certeza jurídica para el posible demandado.

Sin embargo, la prescripción y la caducidad se aplican para los casos taxativamente señalados en la ley, ya que no es posible aplicar sanciones por analogía. En la actualidad, no existe disposición alguna que las establezca para las acciones populares o que permita su aplicación por remisión expresa. Por eso creemos que es una modificación que debe ser introducida en el régimen de las acciones populares, pues como lo dijimos, no podemos pensar en la posibilidad que cualquier persona demande una indemnización de otra en cualquier tiempo, sin vulnerar la seguridad jurídica, la paz y la convivencia.

En conclusión, podemos decir que las pretensiones preventivas, así como las pretensiones restitutorias, siempre que sea posible retornar las cosas a su estado anterior, y las indemnizatorias, cuando sean consecuenciales a las pretensiones restitutorias mencionadas, serán procedentes en cualquier tiempo. De la misma manera, y por obvias razones, las pretensiones que busquen la cesación del daño serán procedentes en todo tiempo mientras subsista la vulneración.

Una vez en claro que las acciones populares por moralidad administrativa pueden interponerse por cualquier persona mientras subsista la amenaza o vulneración de los derechos colectivos, y siempre que sea posible restituir las cosas a su estado anterior, pasemos a analizar el Art. 87 del C.C.A., subrogado por el Art. 32 de la Ley 446 de 1998, que establece lo siguiente:

DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al

responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes. (...) ¹⁵⁷
(Subrayado fuera de texto)

Del artículo mencionado, en concordancia con el Art. 136 del C.C.A. ¹⁵⁸ subrogado por el Art. 44 de la Ley 446 de 1998, podemos extraer los siguientes elementos:

¹⁵⁷ Código Contencioso Administrativo. Artículo 87

¹⁵⁸ Código Contencioso Administrativo. Art. 136: "CADUCIDAD DE LAS ACCIONES. (...)

10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

- a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;
- b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;
- c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta;
- d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;
- e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo 22 de la Ley "por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia".
- f) La nulidad relativa del contrato, deberá ser alegada por las partes dentro de los dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento."

- La legitimación por activa en las controversias contractuales reside en las partes del contrato en todo caso; y también en el Ministerio Público y en los terceros con interés directo, siempre que sea para solicitar la nulidad absoluta. El juez podrá, en todo caso, declarar de oficio la nulidad absoluta cuando se encuentre demostrada en el proceso.
- Caducidad:
 - a. Si estamos frente a los actos previos del contrato, serán demandables en los 30 días siguientes a su comunicación, publicación o notificación.
 - b. Una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato¹⁵⁹.
 - c. Si nos encontramos frente a la nulidad absoluta del contrato, es posible interponerla en los 2 años siguientes a su perfeccionamiento, pero si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años. “Si se produce modificación o adición del contrato inicialmente celebrado, la caducidad se contará, en cuanto a ellas, a partir de la fecha de las mismas.”¹⁶⁰

A diferencia de las acciones previstas por el Código Contencioso Administrativo, las acciones populares por moralidad administrativa amplían notablemente la legitimación en la causa por activa y el concepto de caducidad de la acción para la revisión de los contratos estatales. Por lo tanto, es perfectamente posible interponer una acción popular por moralidad administrativa para la revisión de un contrato estatal, a pesar de que haya operado la caducidad de las acciones del código; y en el mismo sentido, una persona ajena, sin ningún interés distinto que el de proteger el derecho colectivo a la moralidad administrativa, puede, a través de la interposición de una acción popular, solicitar la revisión de un contrato estatal.

¹⁵⁹ El Art. 44 numeral 4 de la Ley 80 de 1993 establece que el contrato quedará viciado de nulidad absoluta en los casos que prevé el derecho común (objeto y causa ilícita, omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos y la incapacidad absoluta); y, cuando se presenten las causales consagradas taxativamente en ese artículo, como son: inhabilidad o incompatibilidad por parte del contratista; celebración del contrato contra expresa disposición legal o constitucional; celebración con abuso o desviación de poder; declaratoria de nulidad de los actos administrativos en que se basa el contrato, y celebración del contrato desconociendo los criterios contemplados en el estatuto de contratación, en relación con el tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras, según los artículos 20 y 21 respectivamente.

¹⁶⁰ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sentencia C – 709 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Así, respecto de la diferencia existente entre la acción popular y la acción contractual, en función de la legitimación en la causa, el Consejo de Estado señaló:

El art. 87 del C. C. A.52 estatuye que sólo están legitimados para demandar la nulidad absoluta del contrato, las partes, el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo en el mismo, y así mismo podrá ser declarada de oficio por el juez cuando esté plenamente demostrada y siempre que en el proceso intervengan las partes o sus causahabientes. Y si bien el artículo 45 de la ley 80 de 1993 le había dado el carácter de popular a la acción de nulidad absoluta de los contratos, ya que extendió la legitimación a “cualquier persona”, además de las partes, el Ministerio Público o la oficiosidad del juez, se debe aplicar al art. 32 de la Ley 446 de 1998, modificadorio del artículo 87 del C. C. A., por ser de carácter posterior en el tiempo y especial en materia de procedimiento.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-221 del 14 de abril de 1999, declaró la exequibilidad de dicho artículo 32 de la Ley 446 de 1998 al estimar que:

“...no siendo una acción pública de rango constitucional, bien puede el Legislador, en ejercicio de su libertad de configuración legislativa, restringir la titularidad de la acción o someter su ejercicio al cumplimiento de requisitos y condiciones razonables, atendiendo criterios de política legislativa, en aras de la efectividad de otros principios constitucionales, como el de la pronta y oportuna decisión por la justicia contencioso administrativa de las controversias contractuales que le son sometidas

(...) Es obvio que dicho interés directo radica esencialmente en quienes intervinieron en el proceso licitatorio. Empero, **no puede considerarse que el interés directo se circunscriba a esta sola circunstancia de representar un interés meramente patrimonial y exclusivo, porque, repárese bien, en que al demandarse la nulidad se protege igualmente el interés general**”. (Negritas fuera del texto original)

Por lo demás, cuando mediante una acción popular se busca atacar un contrato estatal, estará legitimada cualquier persona (art. 12 ley 472), siempre y cuando con su instauración se pretenda proteger los derechos e intereses colectivos y, en este último evento, se encuentre plenamente demostrada dicha amenaza o vulneración al interior del proceso y hayan concurrido a él las partes contratantes, para garantizar así el derecho de defensa. Esa titularidad de la acción popular en toda persona está plenamente justificada, ya que esta última no pretende sustituir las acciones ordinarias, sino la

defensa de un derecho o interés colectivo, como ya se expuso, dentro del marco de un conflicto en interés general.¹⁶¹

Ratificando lo expuesto, la Corte Constitucional en sentencia C – 1048 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, refiriéndose a los terceros con interés directo para demandar la nulidad absoluta de un contrato estatal, afirmó:

De esta manera, la Corte entiende que actualmente los terceros pueden demandar la nulidad de los actos previos al contrato, a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad de 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Pero que una vez expirado este término o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos previos. A partir de ese momento, los referidos actos previos sólo podrán ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta, la cual puede ser incoada, entre otras personas, por los terceros con interés directo -interés que ha sido reconocido por la jurisprudencia del h. Consejo de Estado como existente en cabeza de los licitantes o proponentes-. En este caso, la ilegalidad de los actos previos se puede alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.¹⁶² (Subrayado fuera de texto)

En función de lo dicho, podemos afirmar que un contrato estatal celebrado con una persona inhábil, cuyo término de duración sea de un año, podrá ser demandado mediante la acción contractual, en los 2 años siguientes a su perfeccionamiento, por las partes del contrato, el Ministerio Público, o los terceros con interés directo; o, mediante una acción popular, por cualquier persona y en cualquier tiempo, mientras sea posible volver las cosas al estado anterior. Me refiero al régimen de inhabilidades e incompatibilidades porque, como quedó mencionado, éste constituye un desarrollo del derecho colectivo a la moralidad administrativa, y su vulneración implica la violación directa de aquel.

Existen conductas de la administración que, simultáneamente, pueden dar lugar a la interposición de una acción popular, y a la interposición de las acciones previstas por el Código para la revisión de los contratos estatales. Sin embargo, debemos decir que la concurrencia de las acciones populares y de las acciones del Código, no opera en todos los casos, sino simplemente para aquellos en los que la pretensión sea la destrucción total del acto o contrato por nulidad absoluta, y siempre que dicho acto o contrato vulnere derechos colectivos. No podríamos pensar que es viable interponer una acción popular para obtener el reconocimiento

¹⁶¹ **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá, D.C., 5 de octubre de dos mil cinco (2005), Radicación: 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01, Actor: Procuraduría General de la Nación, Demandado: Amadeo Tamayo Morón.

¹⁶² **CORTE CONSTITUCIONAL**, sentencia C – 1048 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

de una prestación económica a favor de una de partes contratantes, o, atacar mediante una acción popular un acto o contrato que no vulnere derechos colectivos.

Cumplidos los dos presupuestos, será posible iniciar una acción popular, a pesar de la existencia de la acción contractual, en virtud del carácter autónomo y principal de las acciones populares, según el cual, la existencia de otros medios de defensa judicial no torna en improcedente su interposición¹⁶³. En este sentido la Corte Constitucional manifestó:

En efecto, el trámite de 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)- un carácter subsidiario; a contrario sensu, pueden tener un trámite preferencial frente a las acciones ordinarias, cuando se trata de prevenir la vulneración de derechos colectivos (Ley 472 de 1998, artículo 6) y su titularidad o legitimación por activa la tiene toda persona (arts. 12 y 13 de la ley 472 y art. 1005 del C.C.) justamente por la índole de los derechos involucrados, como se ha venido señalando.

Así las cosas, en el asunto *sub judice* no puede argüirse la improcedencia categórica y absoluta de la acción popular por tramitarse una demanda ordinaria ante el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá, pues en dicho proceso se discutirán, antes que derechos e intereses colectivos, otros de carácter particular y subjetivo, que deben ventilarse y decidirse de manera definitiva ante tal juez natural.

Por lo mismo, no podría tampoco hablarse de una prejudicialidad (...) ¹⁶⁴

En razón de las ventajas reconocidas a las acciones populares, referidas a un trámite ágil y preferente, al reconocimiento de un incentivo económico a favor del actor popular, a la legitimación colectiva, y a la caducidad limitada exclusivamente por la posibilidad de retornar las cosas a su estado anterior, entre otros; creemos que es más favorable la interposición de una acción popular, que la iniciación de una de las acciones previstas por el Código, incluso para los terceros con un interés directo, como los participantes en la licitación u oferentes, siempre que la pretensión de éstos sea obtener la nulidad absoluta del acto o contrato, y que obre prueba de la vulneración de derechos colectivos.

¹⁶³ En este sentido ver sentencia proferida por el **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá, D.C., 5 de octubre de dos mil cinco (2005), Radicación: 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01, Actor: Procuraduría General de la Nación, Demandado: Amadeo Tamayo Morón. Ver también sentencia T – 446 de 2007.

¹⁶⁴ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sentencia T – 446 de 2007

La posibilidad de instaurar acciones populares, les fue reconocida a los participantes en cualquier licitación, en la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 21 de febrero de 2007 contra las Empresas Municipales de Cali – Emcali, en la cual se estableció lo siguiente:

No por la condición que detentó el actor de posible oferente en el proceso licitatorio No. GA-DS-003-2004 adelantado por Emcali, puede negársele a este el ejercicio de una acción constitucional que ha sido concebida como mecanismo de protección de los derechos e intereses colectivos. Como lo han entendido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, la legitimación activa para la acción popular no exige requerimiento distinto que el de verse afectado como miembro de una comunidad (grupo indeterminado o determinable) frente a una eventual violación o amenaza de derechos e intereses colectivos de rango constitucional.

Como se señalará más adelante a propósito del análisis del derecho colectivo a la libre competencia económica, la condición de agente del mercado del accionante y consecuentemente la posibilidad que éste tiene de participar en procesos licitatorios y concursos públicos con Emcali o cualquier otra entidad pública, en el pasado, el presente o el futuro, de manera alguna implica que no pueda ser sujeto activo de una acción popular a través de la cual persigue, como en este caso, la protección de los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa, el patrimonio público y la libre competencia.¹⁶⁵

Esto nos lleva a pensar, casi de manera inmediata, en qué sucede cuando cursa un proceso ante un juez natural por una acción de las consagradas en el Código, y, a su vez, se interpone una acción popular. Como ya lo dijimos, es perfectamente viable su interposición, y dependerá del criterio del juez de la acción popular las medidas que se adopten en la sentencia, es decir, si opta por la nulidad del contrato, o simplemente por su suspensión en espera de lo que decida el juez natural. En este sentido, el Consejo de Estado afirmó:

Con todo, no debe perderse de vista que la Sala ha advertido -criterio que se reitera en esta oportunidad- que cuando cursa proceso ante el juez natural del contrato, el juez popular, porque entiende que es suficiente garantía para el derecho colectivo, debe ser muy cuidadoso al adoptar las medidas del caso.

¹⁶⁵ **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Hernández Enríquez, Bogotá, D.C., 21 de febrero de 2007, Radicación Número: AP-760012331000200500549 01, Actor: Alpha Seguridad Privada Ltda., Demandado: Empresas Municipales de Cali.

(...)En todo caso, es preciso anotar que en estos casos no es dable hacer aseveraciones de carácter absoluto, sino que, a partir de la casuística, corresponderá al juez popular evaluar con suma atención la procedencia de la medida que al mismo tiempo permita la protección del derecho colectivo vulnerado, sin atentar contra la seguridad jurídica, pilar básico de todo Estado de Derecho.¹⁶⁶

Creemos que si el juez de la acción popular decide declarar la nulidad absoluta del contrato estatal, porque lo considera indispensable para la cese de la vulneración y el restablecimiento del derecho colectivo, dicha providencia, de acuerdo con el Art. 35 de la Ley 472 de 1998, será vinculante para las partes y para el público en general, y por tanto, también será obligatoria para el juez natural del contrato.

Teniendo en cuenta los efectos *erga omnes* de la sentencia proferida por un juez popular, y que éste pronunciamiento es obligatorio para el juez natural, lo correcto sería que el éste último suspenda el proceso hasta tanto se decida la acción popular, pues de lo contrario podrían existir fallos contradictorios.¹⁶⁷

A nuestro juicio, el juez natural podrá conocer, con posterioridad a la sentencia del juez popular, de asuntos tales como las restituciones mutuas a las que haya lugar, o de los derechos de los terceros de buena fe, con el fin de garantizar, en los casos en los que se discuten derechos puramente privados, un debido proceso y un derecho de contradicción adecuado. En este sentido, la Corte Constitucional, al decidir la acción de tutela interpuesta por un tercero en contra de una sentencia proferida en sede popular, señaló:

Siendo competente el Consejo de Estado para pronunciarse sobre la vulneración de derechos colectivos en la adquisición de acciones de Invercolsa por parte de Fernando Londoño Hoyos, una vez que éste concluyó que sí se habían violado los derechos colectivos, dispuso la invalidación del contrato mediante el cual se materializó dicha violación en razón a las irregularidades encontradas en su celebración; y, para el juez constitucional conllevó como efecto instrumental y en el marco de la acción popular, la devolución de las acciones objeto de la compra anulada.

En efecto, el inciso segundo del artículo 15 de la Ley 226 de 1995, que regula la enajenación de la propiedad accionaria estatal, dispone que en caso de

¹⁶⁶ **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá, D.C., 5 de octubre de dos mil cinco (2005), Radicación: 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01, Actor: Procuraduría General de la Nación, Demandado: Amadeo Tamayo Morón.

¹⁶⁷ Sobre los efectos de cosa juzgada de la sentencia proferida por el juez de la acción popular, ver el pronunciamiento de la **CORTE CONSTITUCIONAL**, Número C – 622 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

ineficacia o de declaratoria de nulidad de los contratos de compraventa de acciones, habrá lugar a obtener la restitución de las acciones.

De tal forma que el Consejo de Estado aplicó el remedio judicial específicamente establecido en la ley especial que rige la enajenación de acciones estatales en contextos de privatización y democratización de la propiedad accionaria.

Dicha ley también regula la hipótesis en la cual las acciones ya hayan sido transferidas a un tercero. Dicha regulación no impide que se lleve a cabo la restitución de las acciones, sino que exige la previa valoración de si éstas se encuentran bajo el dominio de terceros de buena fe.

En este caso, el Consejo de Estado analizó el punto expresamente, decretó las pruebas que interesaban al tercero interviniente así como otras pruebas y concluyó que no podía calificar a AFIB como tercero de buena fe. Dijo el Consejo de Estado en la sentencia de 9 de diciembre de 2003:

“Al momento de realizarse la dación en pago por parte de Fernando Londoño Hoyos a AFIB, se reitera, se encontraba inscrita la medida cautelar en el Registro de Accionistas de INVERCOLSA S.A., es decir, que las acciones que pretendía enajenar se encontraban en litigio y, consecuencia, ni él podía transferirlas ni el acreedor adquirirlas sin la autorización de la Junta Directiva y del juez.

AFIB S.A. era sabedora de la existencia del litigio propuesto por ECOPETROL. No tuvo, entonces, buena fe en esa transacción. En estas condiciones, debe asumir las consecuencias de este fallo.

Además, como sucesora en los derechos del acreedor inicial (Banco del Pacífico), le es oponible el conocimiento que necesariamente tuvo éste sobre la negociación proyectada, y su falta de diligencia al momento de examinar los documentos, singularmente la Declaración de Renta de Fernando Londoño Hoyos, donde manifestaba no haber recibido salarios, lo mismo que el Certificado que facilitó a éste el Presidente de INVERCOLSA, documentos de los cuales se seguía que no estaba acreditada la calidad con que pretendía hacerse a las acciones.”

Encuentra la Corte, que éste análisis se enmarca, tanto en lo fáctico como en lo sustancial, en el ámbito propio del juez de la acción popular. Sin embargo, como el juez de los derechos colectivos no puede desplazar los otros mecanismos de defensa judicial, la determinación de la devolución de acciones que se encuentran en manos de terceros no puede tenerse por definitiva sino como una medida específica consecencial de la acción popular, pues no es un tema propio de la causa petendi que originó la acción

popular. En efecto, le corresponde al juez del contrato resolver de manera definitiva sobre los asuntos propios de su competencia, como lo serían aquellos que involucran a las personas que por no haber sido parte del contrato original su actuación posterior no fue considerada la causa de la vulneración del derecho colectivo.

En efecto, será el juez ordinario a quien corresponda decidir sobre los efectos de la nulidad de la compraventa accionaria frente a todas las personas involucradas en la misma, y también resolver, con fundamento en las normas respectivas aplicables al caso concreto y respetando los principios del debido proceso y del derecho de defensa, la situación de los terceros que posteriormente adquirieron derechos reales sobre las citadas acciones, bien de prenda o de propiedad, pues frente a ellos no se ha endilgado por el Consejo de Estado vulneración alguna a derecho o interés colectivo, y no fueron tampoco los demandados en la acción popular.¹⁶⁸ (Subrayado fuera de texto)

Como conclusión, podemos afirmar que si bien las acciones populares no constituyen un sustituto de las acciones contenciosas, a través de su interposición es viable examinar los contratos de la administración, siempre que con ellos se vulneren derechos colectivos. El juez popular, en su sentencia, dispone de amplias facultades para eliminar la causa de la vulneración de los derechos colectivos y restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, por tanto, será su decisión suspender o anular el contrato teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso en particular, en especial, el curso de un proceso ante el juez natural del contrato sobre los mismos aspectos, pues solamente serán coincidentes las acciones populares y las acciones contenciosas del Código, cuando en unas y otras se pretenda la nulidad absoluta del contrato que vulnera el derecho colectivo.

¹⁶⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T – 446 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas.

5. CONCLUSIONES

- En el ordenamiento jurídico existen normas jurídicas, tanto constitucionales como legales, que tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico, bien sea del Estado o de los particulares.
- El concepto de moralidad administrativa no depende de la concepción individual y subjetiva del juez, ni se refiere a la moral individual del funcionario, por el contrario, hace referencia al cumplimiento de la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley.

Para que una conducta vulnere la moralidad administrativa es necesario que el funcionario, o el particular con funciones públicas, tenga la intención de desconocer los fines constitucionales con el objetivo de obtener algo a cambio para sí o para otro.

- No toda ilegalidad constituye una inmoralidad, y, no toda inmoralidad presupone una ilegalidad. Sin embargo, la vulneración de la legalidad sí podría constituirse en un indicio de la intención distorsionada del funcionario, quien conociendo la ley, o al menos teniendo la obligación constitucional y legal de conocerla, decide no aplicarla.
- La moral administrativa es una moral de la función de pública, no es una moral individual, pero tampoco es una moral social abstracta.

La moralidad administrativa debe concretarse en la satisfacción de los fines constitucionales, de ahí que su vulneración implique una confrontación de la actuación del funcionario con el cumplimiento de lo establecido por la Constitución, pues la Carta, en un estado social de derecho, democrático y participativo, simboliza el consenso social.

- La moralidad administrativa es un principio de la función administrativa y un derecho colectivo.

- Los derechos colectivos son aquellos radicados en cabeza de toda la comunidad, y su afectación genera, o tiene la posibilidad de generar, un daño colectivo.
- Los derechos colectivos se identifican porque se ejercen por las personas que conforman la colectividad de manera idéntica, uniforme y compartida, lo cual significa que ninguna persona puede ser excluida por otra u otras en el goce de dichos derechos.
- Mientras los derechos colectivos son susceptibles de protegerse mediante acción popular, los derechos individuales, serán susceptibles de protegerse mediante acciones de grupo, siempre que el número de personas afectadas, con origen en una causa dañosa común, sea superior o igual a 20.
- Si bien las acciones populares existían con anterioridad a la Constitución de 1991, sólo hasta su entrada en vigencia se convirtieron en mecanismos realmente efectivos para la protección de los derechos colectivos, entre ellos la moralidad administrativa.
- Las acciones populares se ejercen para hacer cesar la amenaza o la vulneración de un derecho colectivo, restablecer las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, e indemnizar el daño colectivo causado.
- Las acciones populares no tienen carácter excepcional ni subsidiario, sino principal y autónomo, pues proceden frente a toda amenaza o vulneración de los derechos colectivos, y, la existencia de otros mecanismos de defensa no torna en improcedente su interposición.
- Las acciones populares tienen carácter público, pues pueden ser ejercidas por cualquier persona natural o jurídica.
- La legitimación en la causa por activa surge de la pertenencia del individuo a la colectividad, por ello podemos hablar de la existencia de una legitimación colectiva.
- Aunque las acciones populares tienen naturaleza preventiva, en tanto no exigen la ocurrencia de un daño para su interposición, no ostentan de manera

exclusiva y excluyente esta calidad, pues también pueden ser restitutorias e indemnizatorias.

- A diferencia de las acciones de grupo que persiguen la indemnización del perjuicio individual, la indemnización reclamada en el ejercicio de las acciones populares deberá ser pagada a la entidad encargada de administrar el bien colectivo dañado, pues siendo el daño colectivo, la reparación mal podría ser individual.
- Las acciones populares pueden instaurarse mientras subsista la amenaza o la vulneración de los derechos colectivos, y mientras sea posible retornar las cosas a su estado anterior. Solamente existirá caducidad de la acción frente a pretensiones exclusivamente indemnizatorias.
- Cuando el juez de una acción popular detecta la violación de un derecho fundamental y decide adecuar el trámite al de la acción tutela, debe proteger en su sentencia tanto los derechos fundamentales como los colectivos, pues unos y otros se ven afectados por una causa dañosa común, siempre que una de las pretensiones del actor popular sea la supresión de la causa del daño, pues de no ser así, el juez deberá iniciar en trámite separado la acción de tutela. Sin embargo, cuando el ciudadano afectado en sus derechos fundamentales, producto de la vulneración de los derechos colectivos, acude directamente a la acción de tutela, esto no impide el ejercicio posterior de la acción popular, es decir, en este caso la acción de tutela no constituye cosa juzgada frente a una futura acción popular.
- Para que la acción popular por moralidad administrativa sea viable es necesario la exteriorización de la voluntad del funcionario, es decir, la concreción de la función administrativa a través de un acto, de un contrato, o de una omisión, motivo por el cual las acciones populares por moralidad administrativa solamente tendrán carácter restitutorio e indemnizatorio, más no preventivo.
- Le corresponde al juez de la acción popular, evaluar en cada caso la medida correspondiente, necesaria y suficiente para hacer cesar la amenaza o la violación, y en el último evento, para prevenir que el hecho vuelva a ocurrir y para retornar las cosas a su estado anterior.

- El juez de la acción popular puede y debe revisar los actos y contratos de la administración, siempre que éstos sean la causa de la vulneración de los derechos colectivos.
- El juez de la acción popular podrá declarar la nulidad del contrato estatal, cuando además de la violación legal, dicho contrato vulnere derechos colectivos.
- El juez popular, en su sentencia, dispone de amplias facultades para eliminar la causa de la vulneración de los derechos colectivos y restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, por tanto, será su decisión suspender o anular el contrato teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso en particular
- A diferencia de las acciones contenciosas, las acciones populares amplían de manera indeterminada la legitimación en la causa y el tiempo límite para su interposición.

Frente a la legitimación en la causa por activa debemos decir que cualquier persona natural o jurídica esta facultada para interponer la acción.

En segundo término, en relación con la caducidad, debemos señalar que será procedente interponer una acción popular siempre que subsista la amenaza o la vulneración, y cuando éstas se hubiesen suspendido, siempre que sea posible retornar las cosas a su estado anterior. Las pretensiones indemnizatorias no tendrán caducidad, siempre y cuando sean consecuenciales a la cesación del daño o a la restitución de las cosas a su estado anterior.

- En virtud del carácter autónomo e independiente de las acciones populares, en todo caso en el que se discuta la nulidad absoluta de un contrato estatal que vulnera un derecho colectivo, pueden interponerse simultáneamente una acción contractual y una popular. En dichas circunstancias, la sentencia proferida por el juez popular produce efectos *erga omnes*, y por tanto es vinculante para el juez natural del contrato. Con el fin de evitar contradicciones, el juez natural del contrato deberá suspender el proceso en espera de la sentencia en sede popular; sin embargo, una vez emitido el pronunciamiento, podrá conocer de los asuntos que afecten intereses puramente particulares, o de aquellos que versen sobre los derechos de los terceros de buena fe.

RECOMENDACIONES

Las acciones populares constituyen un mecanismo idóneo y ágil para la protección de los derechos colectivos, entre los cuales se encuentra la moralidad administrativa.

En virtud de la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, los jueces, en sede popular, han declarado la suspensión o la nulidad de los contratos estatales, a partir de las facultades previstas por la Ley 472 de 1998 en su Art. 34, y atendiendo, fundamentalmente, el criterio pregonado por la Constitución de 1991 referido a la efectiva protección de los derechos en ella consagrados.

Las acciones populares a diferencia de la acción contractual prevista por el Código Contencioso Administrativo, pueden ser interpuestas por cualquier persona natural o jurídica, en cualquier tiempo, mientras subsista la amenaza o la vulneración del derecho colectivo, y, mientras sea posible restituir las cosas a su estado anterior.

Esta ampliación de la legitimación en la causa y de la caducidad, en relación con las acciones contenciosas, pone en riesgo la estabilidad de los contratos estatales, que por regla general sólo pueden demandarse por las partes contratantes y dentro del término señalado en la ley, que en todo caso, no puede ser superior a 5 años.

Sin embargo, creemos que la disminución en la estabilidad de los contratos estatales está justificada en función de la protección de los derechos colectivos, como la moralidad administrativa o el medio ambiente, pues son derechos que por su especial naturaleza tienen la posibilidad de generar un daño colectivo, que puede degenerar en el riesgo o afectación de los derechos fundamentales, no sólo de las generaciones presentes, sino también de las futuras. Además, son derechos que protegen bienes de vital importancia para el desarrollo armónico e integral de la sociedad, tales como la salubridad, o la prestación eficiente y oportuna de los servicios públicos.

BIBLIOGRAFIA

ACEVEDO CAICEDO, Francisco José. (2007). Principio de legalidad. En: Análisis de un Canciller [en línea] Página Web versión XHTML 1.0 Transitional. [citado 30 de julio de 2008]. Disponible en Internet <<http://canciller.blogia.com/2007/031701-principio-de-legalidad..php>>

ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Colombia: Legis S.A., 2005. 379 p.

AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal. Tomo I, Teoría general del proceso. 8ª ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2002.

CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO

CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil uno (2001), Radicación número: AP-170, Actor: Epaminonda Moreno Parrado y otros.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández E., Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil uno (2001), Radicación número: AP-166.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla, Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil uno (2001), Radicación No.: 54001-23-31-000-2000-1749-01(AP-124), Actor: Orlando Rueda Vera.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Bogotá, D.C., 6 de septiembre de 2001, Radicación número: AP – 163.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de septiembre de 2001, Rad. No. 25000-23-27-000-2001-0395-01(AP-182), Consejero Ponente: Alier Hernández Enríquez.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez, Sentencia proferida el diez (10) de febrero de dos mil cinco (2005), Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01, Referencia: AP 00254.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá, D.C., 5 de octubre de dos mil cinco (2005), Radicación: 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01, Actor: Procuraduría General de la Nación, Demandado: Amadeo Tamayo Morón.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Bogotá D.C., 21 de febrero de dos mil siete (2007), Radicación No.: AP-760012331000200500549 01, Actor: Alpha Seguridad Privada Ltda., Demandado: Empresas Municipales de Cali

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Bogotá D.C., 21 de febrero de dos mil siete (2007), Radicación número: 25000-23-27-000-2001-00509-01(AP), Actor: Luís Domingo Cárdenas, Demandando: Alcaldía Mayor de Bogota D.C. y Otros.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá, D.C., el 21 de febrero de 2007, Radicación No.: AP – 410012331000200400690 01, Actor: María Nubia Zamora, Demandando: Empresas Públicas de Garzón “EMPUGAR”.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil siete (2007), Radicación No.: AP-410012331000200400726 01, Actor: María Nubia Zamora Vargas, Demandado: Empresa de Servicios Públicos del Municipio de la Plata y otros.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez, Bogotá, D.C., (19) de abril de dos mil siete (2007), Radicación No.: AP-540012331000200300266 01, Actor: Jairo Emilio Díaz Álvarez, Demandando: Municipio de Cúcuta y otro

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Alier E. Hernández Enríquez, Bogotá, D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil siete (2007), Radicación número: 19001-23-31-000-2004-01536-01(AP), Actor: Juan Pablo Muñoz y otros, Demandado: Fondo Nacional del Ahorro y otros.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Camilo Arciniegas Andrade, Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil siete (2007), Radicación número: 23001-23-31-000-2004-00620-01(AP), Actor: Fundación Ambiental Grito de la Tierra – FUNTIERRA, Demandado: Municipio de Ayapel

CONSEJO DE ESTADO, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D. C., quince (15) de agosto de dos mil siete (2007), Radicación No. AP-25000-23-26-000-2003-00689-01, Actor: Henry Antonio Patiño Poveda y Otros, Demandado: Distrito Capital de Bogotá y Otros.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

CORREA PALACIO, Ruth Stella, El control judicial de la administración: acciones constitucionales y su alto impacto en la defensa de los intereses colectivos y en las políticas para su defensa. En: Memorias del 2do Seminario Internacional de Gerencia Jurídica Pública, Modulo IV- La Gerencia Jurídica y el Impacto del control judicial, Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., Secretaría General, Dirección Jurídica Distrital, 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C – 018 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Martínez.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C – 224 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T – 325 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 482 de 1994, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C – 215 de 1999, M.P. Martha SÁCHICA.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T – 944 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C – 1048 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C – 709 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C – 569 de 2004, M.P. Dr. Rodrigo Uprimny Yepes.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T – 446 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T – 659 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T – 022 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

DECRETO 2591 DE 1991

DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, Tomo I, 8ª ed. Bogota: Editorial ABC, 1981.

LEY 80 DE 1993

LEY 446 DE 1998

LEY 472 DE 1998

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil, Parte General, Tomo I, 9ª ed. Bogota D.C.: Dupre Editores, 2005. 1113 p.

LOPEZ MEDINA, Diego. Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana, Colombia: Legis S.A., 2005. 480 p.

MARTINEZ, Marianella y TRUJILLO, Sara. Las acciones populares en Colombia. Bogotá, 2001, 162 p. Tesis (Abogado). Pontificia Universidad Javeriana. Departamento de Procesal.

PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo. Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 1999. 619 p.

PINILLA PINILLA, Nilson. La crisis del sistema judicial. En: Conferencia presentada el 1 de mayo de 2003, en Cali, durante el XIV Congreso de Abogados Javerianos.

RODRIGUEZ, César. La decisión judicial. El debate Hart – Dworkin. Colombia: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Siglo del Hombre Editores, 2005. 391 p.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil. Bogotá: Baker y McKenzie Editores, 2001. 404 p.

UPRIMY YEPES, Rodrigo. Interpretación Judicial. Las grandes teorías de la interpretación jurídica, Unidad II, Colombia: Publicaciones Consejo Superior de la Judicatura, 2002. 214 p.