

ACCION POPULAR - Principio de congruencia / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acción popular / ACCION POPULAR - Causa petendi / CAUSA PETENDI - Acción popular

La Sala tiene determinado que el juez popular debe respetar el principio de consonancia o congruencia que debe informar todo fallo judicial, en tanto la imparcialidad del juzgamiento exige identidad entre lo decidido y el petitum (las pretensiones) y la causa petendi (los hechos que le sirven de fundamento), aunque-también lo ha resaltado- en sede popular no reviste el carácter absoluto que por regla general tiene, en razón de la naturaleza de la acción y al particular carácter de los derechos objeto de amparo. En cuanto hace específicamente a la causa petendi esta Sala recientemente señaló que el fallador en sede popular, no obstante sus amplios poderes, tiene restricciones fundadas en el respeto al debido proceso, pues aunque puede pronunciarse sobre el curso que los hechos vayan tomando mientras se tramita el proceso, lo que no le está permitido es invocar otros hechos distintos a los expuestos en el escrito de demanda, pues ello nada menos que significa modificar motu proprio la conducta trasgresora en franca violación del derecho fundamental al debido proceso, a las garantías procesales y al equilibrio entre las partes, que en sede popular están expresamente protegidos por el artículo 5º de la ley 472. De modo que, en punto de la causa petendi, el juez popular también debe observar el principio de congruencia (art. 305 CPC) según el cual la sentencia debe estar en consonancia con los hechos aducidos en la demanda que impone la imparcialidad del juez. Identidad jurídica entre lo resuelto y los supuestos fácticos invocados que impone la garantía del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.N.). Principio de congruencia que si bien no reviste en sede popular los visos rígidos y absolutos que lo distinguen en procesos ordinarios, en todo caso la decisión final debe referirse al curso que vayan tomando los hechos y no se contrae exclusivamente a los indicados en el escrito de demanda, siempre y cuando –ha precisado la Sala- “la conducta que se sigue desplegando sea aquella acusada como trasgresora por el actor popular desde la demanda”. No debe perderse de vista que el literal b) del artículo 18 de la ley 472 dentro de los requisitos de la demanda exige la indicación de los hechos, actos, acciones u omisiones que motivan su petición, en orden a garantizar el derecho de defensa del accionado.

Nota de Relatoría: Ver sentencia de 15 de agosto de 2007, Rad. AP-00004, C. P. Ruth Stella Correa Palacio, SV Mauricio Fajardo Gómez; Sentencia de 16 de abril de 2007, Radicación número: AP-00640, C. P. Ruth Stella Correa Palacio; Sentencia de 16 de marzo de 2006, Radicación número: AP-00239C. P. Ruth Stella Correa Palacio; Sentencia de 31 de julio de 2008, Rad. AP-00240, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

SERVICIOS PUBLICOS - Libertad de entrada / LIBERTAD DE ENTRADA - Servicios públicos / SERVICIOS PUBLICOS - Libre elección del prestador y el proveedor / SERVICIOS PUBLICOS - Modalidades contractuales

La ley 142 en varios de sus artículos reguló la libertad de entrada en la prestación de los servicios públicos. En efecto, el artículo 10 de la ley 142 prevé, en forma nítida, a la libertad de empresa como uno de los principios generales de esa normativa, principio cuyo desarrollo permite predicar la libertad de entrada en la prestación de los servicios públicos, dado que este precepto establece el derecho de todas las personas a organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley. En consonancia, el numeral 9.2 del artículo 9 de la misma ley prevé la libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para

su obtención o utilización, derecho que merece especial protección y tutela. En la misma línea, el artículo 22 eiusdem -al ocuparse del régimen de funcionamiento de las empresas de servicios públicos- prescribe que éstas no requieren permiso para desarrollar su objeto social, excepción hecha de las concesiones de aguas, concesiones y licencias de uso del espectro electromagnético, permisos ambientales, sanitarios y municipales de que tratan los artículos 25 y 26 ibid. Así las cosas, como el principio sobre el cual se fundamenta el nuevo modelo de prestación de los servicios públicos es la libertad de entrada, y ella impone un régimen uniforme en materia de contratación, resulta obligada inferencia que no es entonces necesaria la concesión para que los particulares presten los servicios públicos. Ésta y otras modalidades contractuales, como los contratos de operación o de gestión o el de arrendamiento, pueden ser celebradas con ese objeto.

SERVICIOS PUBLICOS - Régimen uniforme de contratación / SERVICIOS PUBLICOS - Modalidades contractuales

Dentro de los múltiples preceptos de promoción de la competencia contenidas en la ley 142 ocupan especial lugar las reglas en materia de contratación, la cuales someten a un mismo marco jurídico a todos los operadores con prescindencia de su naturaleza jurídica, lo cual supone un parámetro de igualdad de condiciones. Así se observa en la remisión al derecho privado, que también por vía general hace el artículo 31 (modificado por el artículo 3º de la ley 689) en relación con los contratos de las entidades estatales que prestan los servicios públicos, al preceptuar que no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Así las cosas, como el principio sobre el cual se fundamenta el nuevo modelo de prestación de los servicios públicos es la libertad de entrada, y ella impone un régimen uniforme en materia de contratación, resulta de obligada inferencia que no es entonces necesaria la concesión para que los particulares presten los servicios públicos. Ésta y otras modalidades contractuales, como los contratos de operación o de gestión o el de arrendamiento, pueden ser celebradas con ese objeto.

SERVICIOS PUBLICOS - Reglas en materia de contratación. Modificaciones ley 689 / REGLAS DE CONTRATACION - Derecho privado. / CONTRATOS DE OPERACION - Artículo 39.3 ley 142 / CONTRATOS DE OPERACION - Ley 80

Las reglas en materia de contratación tan sólo fueron modificadas de fondo por la ley 689 en cuanto hace al artículo 31, mientras que en relación con el párrafo del artículo 39 de la ley 142 lo que quiso la ley 689 fue armonizarlo con las excepciones al derecho privado introducidas por el párrafo modificador del artículo 31 de la ley 142 (art. 3 de la ley 689) y por lo tanto hacer referencia explícita al mismo, sin embargo equivocadamente se terminó por aludir al párrafo del artículo 39. En tales condiciones se tiene que en principio el régimen de contratación aplicable a las modalidades negociales a que hace referencia el numeral 39.3 del artículo 39 de la ley 142 es de derecho privado. Con todo, lo anterior no significa que el régimen aplicable a los citados contratos especiales para la gestión de los servicios públicos domiciliarios previstos en el numeral 39.3 del artículo 39 de la ley 142 se rijan exclusivamente por el principio de la autonomía negocial dominante en el derecho privado. Dentro de las normas exceptivas a la regla remisoria al derecho privado en materia de contratación en servicios públicos domiciliarios, el citado párrafo del artículo 31 de la ley 142 (modificado por el artículo 3º de la ley 689) prescribe que los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos para que estas asuman la prestación o para que éstas sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación (incluidos los previstos en el numeral

39.3 del artículo 39 de la ley 142), se regirán para todos los efectos por el Estatuto General de la Contratación Pública y la selección siempre debe realizarse mediante licitación pública (art. 1.3.2.2 de la Resolución CRA 151 de 2001, modificado por el artículo 1º de la Resolución CRA 242 de 2003). Conclusión que viene de armonizar el parágrafo del artículo 31 con lo dispuesto por el numeral 39.3 del artículo 39 ambos de la ley 142, el último de los cuales prevé dentro de los contratos especiales, aquellos “para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos”. Sobre la base de las consideraciones anteriormente expuestas se precisa concluir que, cuando una entidad territorial celebre un contrato de operación de los que trata el artículo 39.3 tantas veces citado, el régimen jurídico aplicable será el del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

SERVICIO DE ACUEDUCTO - Modalidad contractual / MODALIDAD CONTRACTUAL - Estudio de conveniencia. Condiciones económicas del país

El numeral 39.3 del artículo 39 de la ley 142 autoriza a celebrar contratos tendientes a garantizar la prestación eficiente del servicio de acueducto y hay libertad de configuración para que se defina el esquema que se considere más conveniente para la gestión de los mismos. Sin embargo, la decisión de elegir cuál es la modalidad contractual más apropiada para asegurar la prestación del servicio debe hacerse previo un estudio de conveniencia por parte del municipio por ser la entidad sobre la que pesa la responsabilidad primaria de ese deber, aunque teniendo en cuenta que dicho deber es atenuado o relativizado según las condiciones económicas del país, o lo que es igual: “está condicionado por las circunstancias económicas y administrativas necesarias para cumplirlo”.

ENTIDADES OFICIALES - Entrega de bienes afectos al servicio / BIENES DESTINADOS A LA PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS - Transferencia de propiedad, uso o goce / BIENES AFECTOS AL SERVICIO - Entrega o concesión

Si bien la nomenclatura utilizada en el numeral 39.3 del artículo 39 de la ley 142, cuando al prever dentro de los contratos especiales para la gestión de los servicios públicos, se refiere a “concesiones o similares”, tal redacción no debe llevar al equívoco de pensar que, como en la teoría clásica de los servicios públicos, dichos contratos suponen un monopolio o la negación de la libertad de entrada. En efecto, la norma tan sólo autoriza a las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar servicios públicos, “o concesiones o similares”; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos. Se trata, pues, de la entrega o “concesión” tan sólo de los bienes afectos al servicio y no de la atribución de prestar los servicios, la cual continúa abierta a la libertad de entrada de otros competidores. En otros términos, no es factible entender que se está otorgando en concesión la prestación del servicio público, sino la infraestructura que el municipio tenía afecta a la prestación del servicio, lo cual significa que cualquier otro operador puede lícitamente prestar el servicio en la misma área. En otros términos, estos contratos especiales para la gestión de los servicios públicos de que trata el numeral 39.3 del artículo 39 de la ley 142 (llámense “concesión”, “operación”, “gestión”, “tercerización”, “arrendamiento” o “administración de los bienes destinados a la prestación del servicio”, etc.) en los que un particular se obliga a realizar todas o algunas de las actividades asociadas en forma directa o indirecta con la prestación del servicio,

no pueden convertirse en un instrumento de restricción de la entrada de empresas a la prestación del servicio de acueducto.

SECTOR DE ACUEDUCTO - Costos de inversión / SECTOR DE ACUEDUCTO - Monopolios naturales / MONOPOLIOS NATURALES - Sector de acueducto / MONOPOLIO NATURAL - Altos costos de inversión

En el sector de acueducto puede no resultar económicamente eficiente y por lo mismo inviable para un tercer operador entrar a un municipio donde ya exista otro, merced a los elevados costos de las inversiones en infraestructura necesarios para la distribución de agua potable para consumo humano incluida su conexión y medición, así como del conjunto de obras, equipos y materiales utilizados para las actividades complementarias de captación, procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte (art. 14.22 de la ley 142). Esta situación de hecho es conocida usualmente bajo la denominación económica de “monopolios naturales” y su existencia misma es reconocida por la ley 142, en su artículo 73.

ENTREGA DE BIENES AFECTOS AL SERVICIO - Obligación de mantenimiento y recuperación del bien. Adecuada elaboración del contrato / OBLIGACIONES DEL OPERADOR - Cobertura, mantenimiento y recuperación

Conviene observar que la regla excepcional contenida en el numeral 39.3 del artículo 39 de la ley 142, que autoriza a los municipios a entregar los bienes afectos al servicio a un operador, tiene como contrapartida la obligación de quienes prestan los servicios públicos de invertir en el mantenimiento y recuperación del bien público explotado a través de contratos en los que se transfiera la propiedad o el uso y goce de los bienes destinados a la prestación de los servicios públicos, o “concesiones o similares”, según lo establece el inciso 3º del artículo 25 de la ley 142. De ahí la exigencia de una cuidadosa confección del contrato en cuanto al objeto, su duración, su financiación y en particular en cuanto hace a las obligaciones del operador, las cuales deben incluir metas precisas en cuanto a expansión en cobertura y mejoramiento de la calidad del servicio, determinación precisa de las inversiones y de las obras necesarias para el efecto, sin que baste la simple referencia a porcentajes generales no sujetos a verificación exacta. En todo caso, los prestadores de servicios públicos que sean beneficiarios de “concesiones” de esa infraestructura, dada su naturaleza singular -que afecta a un interés general y que está indisolublemente asociada con las finalidades sociales del Estado (arts. 1 y 365 CN)- tienen el deber de invertir en el mantenimiento y recuperación del bien público explotado según lo establece el inciso 3º del artículo 25 de la ley 142. Asunto relacionado directamente con la expansión física del servicio que impone inversiones en infraestructura, todo lo cual debe ser objeto de regulación en el respectivo contrato.

FALTA DE COMPROMISO CONTRACTUAL CLARO - Amenaza al patrimonio público / AMENAZA AL PATRIMONIO PUBLICO - Falta de compromisos claros, precisos y verificables

La Sala advierte que la amenaza al patrimonio público alegada por el actor proviene efectivamente de una falta de un compromiso contractual claro y preciso en cuanto a las metas de ampliación de cobertura, mejoramiento de la calidad y consecencial expansión y mejoramiento del servicio. Se observa amenaza al patrimonio público, en tanto no obstante hacerse entrega de toda la infraestructura del servicio y de permitirse con ello el acceso a un mercado entero que entraña una suerte de “monopolio natural”, en los términos arriba expuestos, no se

advierten compromisos claros, precisos y verificables en el negocio jurídico celebrado ni en los documentos que sirvieron de base al mismo como los pliegos de condiciones y la oferta presentada, en orden a ampliar la cobertura y a mejorar la calidad del servicio a la población de Puerto Tejada, en particular en cuanto hace al deber de invertir en el mantenimiento, recuperación y expansión del bien público explotado, tal y como se expuso en el apartado de pruebas.

PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA - Contrato de concesión de obra pública a solicitud de particulares / PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA - Consorcio

La presentación de ofertas por personas que prometen constituir una sociedad fue prevista específica y únicamente, para los procesos de selección que se inician a solicitud de los particulares con el objeto de construir una obra pública por concesión, razón por la cual no es viable jurídicamente su utilización para las demás clases de concesiones o incluso para otros contratos, toda vez que la ley no la ha previsto expresamente para casos diferentes al que ha sido explicado. En el evento en que al amparo de la figura de promesa de sociedad futura se llegare a permitir la participación en procesos de selección cuyo objeto sea la adjudicación de un contrato de modalidad diferente a la establecida en la citada norma legal de habilitación, habrá de entenderse que la modalidad de participación será la del consorcio, siempre que se reúnan los requisitos previstos para éste en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993.

MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Ilegalidad / ILEGALIDAD - Moralidad administrativa

De otra parte, en relación con el segundo problema jurídico, la Sala considera que si bien en el caso concreto se permitió licitar bajo la modalidad de promesa de asociación futura para un contrato cuyo objeto es de arrendamiento y, por ende, a todas luces diferente al contemplado en el párrafo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, dicha irregularidad o ilegalidad, no implica per se una violación a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público. En efecto, por sabido se tiene que en el proceso de adjudicación, celebración, ejecución y liquidación de los contratos, se pueden presentar acciones y omisiones que pueden amenazar o causar agravio a derechos o intereses colectivos (inciso segundo del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, en consonancia con los artículos 9 y 15 de la misma ley), pero para ello no basta la simple ilegalidad de la actuación, sino que a ésta deben sumarse circunstancias y señalamientos de contenido subjetivo contrarios a los fines y principios de la Administración Pública, como lo serían la deshonestidad o la corrupción, cargos que deben ser serios, fundados y soportados en medios probatorios allegados oportunamente al proceso, dado que cualquier imputación sobre inmoralidad administrativa en la que estén ausentes las acusaciones de tal aspecto, no tienen vocación de prosperidad.

PRINCIPIO DE ECONOMIA - Deber de planeación / DEBER DE PLANEACION - Principio de economía / DEBER DE PLANEACION - Estudios técnicos, financieros y jurídicos / DEBER DE PLANEACION - Conveniencia del contrato / DEBER DE PLANEACION - Servicios públicos / DEBER DE PLANEACION - Contratos especiales de gestión

Dentro de los principios capitales que de antaño han informado la actividad contractual del Estado, ocupa especial lugar el de economía, una de cuyas manifestaciones es la planeación. Por virtud de ésta la entidad estatal contratante está en el deber legal (ley 80 de 1993 numerales 7, 12, 25 y 26 del artículo 25, e

inciso segundo del numeral 1º del artículo 30) de elaborar, antes de emprender el proceso de selección del contratista, los estudios completos y análisis serios que el proyecto demande, los cuales inciden en la etapa de formación del contrato y en forma –si se quiere más significativa- en su etapa de ejecución. En tal virtud, el deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden. Evidentemente el principio de economía en cuya esencia está el deber de planeación del contrato también aplica al sector de los servicios públicos, cuando quiera que se pretendan celebrar contratos especiales de gestión de los servicios públicos domiciliarios, en tanto las finalidades sociales -ínsitas a esa prestación- subrayan ese deber de actuar con alto grado de eficiencia y eficacia en orden no sólo a proteger los recursos públicos fiscales representados en los bienes afectos al servicio, con sujeción estricta al orden jurídico, sino a garantizar una prestación eficiente con especial atención de las necesidades básicas insatisfechas de acueducto y saneamiento básico.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 19001-23-31-000-2005-00005-01(AP)

Actor: JAIRO VARGAS LONDOÑO

Demandado: MUNICIPIO DE PUERTO TEJADA

Referencia: ACCION POPULAR-APELACION DE SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y por el Ministerio Público en este proceso en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca, el 4 de octubre de 2005, la cual será revocada. Mediante la sentencia apelada se resolvió negar las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda

A través de escrito presentado ante el Tribunal Administrativo del Cauca, el 16 de diciembre de 2004, Jairo Vargas Londoño interpuso -mediante apoderado- acción popular contra el municipio de Puerto Tejada (Cauca) y Aguas del Puerto S.A. E.S.P., con el fin de obtener la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, los que afirma vulnerados por los demandados con la celebración del contrato mediante el cual se entregó en arrendamiento con inversión, el uso y goce de la infraestructura del sistema de acueducto y alcantarillado de ese municipio. Por lo anterior solicitó que se accediera a las siguientes pretensiones:

“Primero. Declare que el municipio de Puerto Tejada Cauca representado legalmente por su alcalde municipal o quien haga sus veces, al omitir el cumplimiento de lo dispuesto en la ley 80 de 1993, estatuto de contratación estatal, dando pie a una clara y evidente violación de la moralidad administrativa y en detrimento del patrimonio público, al omitir su deber de gestionar y dar el debido trámite a todos y cada uno de los contratos suscritos por la misma, ha violado así derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio público, la moralidad administrativa.

“Segundo. Que por lo anterior el municipio de Puerto Tejada representado legalmente por su alcalde municipal o quien haga sus veces, el cumplimiento (sic) de lo dispuesto en el control y protección del patrimonio público y a salvaguardar la moralidad administrativa que debe asumir al haber adelantado una contratación irregular, entregando el patrimonio público a un tercero en una auténtica aberración contractual administrativa que deja sin piso ni patrimonio a la municipalidad, en cubrimiento (sic) de sus intereses políticos, particulares (sic) y dejando sin protección a la comunidad de Puerto Tejada Cauca, principal afectada con el contrato de arrendamiento cuando hay una concesión simulada que genera en nulidad (sic) el contrato que hoy nos ocupa. Y los otros responsables que se determinen en el curso del proceso, deberán diseñar e implementar dentro del término que señale el H. Tribunal, las acciones o actividades conducentes para evitar que se continúe adelantando los daños ya causados y resarcir material y moralmente (sic) que se ordenen la readecuación contractual a que haya lugar para hacer cesar el peligro, amenaza, vulneración o agravio sobre dichos derechos o intereses como las que se proponen en los literales subsiguientes.

“2 A. Que se ordene a la Alcaldía Municipal de Puerto Tejada Cauca y Aguas del Puerto S.A. E.S.P. como autoridad competente para que se

anule o deje sin efecto el contrato No. 001 de 9 de junio de 2004 de arrendamiento con inversión al haber incurrido en violación a la moralidad administrativa, a la falta de conservación del patrimonio, a la defensa del patrimonio público y equivocarse al haber licitado y dado en arrendamiento un servicio público, cuando se trata de una concesión simulada, como el cumplimiento de lo estipulado para esta clase de eventos.

“2 B. Que se ordene al municipio de Puerto Tejada Cauca, representado legalmente por su alcalde municipal o quien haga sus veces y a Aguas del Puerto S.A. E.S.P. y los otros responsables que se determinen en el curso del proceso, implementar y ejecutar las acciones pertinentes para corregir (sic) la contratación administrativa, exigiendo el cumplimiento de lo estatuido por la ley para que cesen los perjuicios ocasionados que conllevaron la presentación del presente proceso y se deje sin efecto el contrato No. 001 de 9 de junio de 2004 por ser anticonstitucional, ilegal y violatorio de todas las normas jurídicas y de contratación.

“2 C. Que el municipio de Puerto Tejada y la Sociedad Aguas del Puerto S.A. E.S.P. expliquen las razones y motivos por los cuales en un contrato administrativo que afecta los servicios públicos, se abrió a licitación, se realizó como un contrato de arrendamiento cuando realmente se trata de una concesión hecha por el municipio a favor de la sociedad, mediante el cual se afecta el patrimonio público del municipio en un auténtico acto de violación a la moralidad administrativa señalando las pautas que se tuvieron en cuenta para adelantar tal actuación administrativa y que permitió determinar los daños existentes y los riesgos de causar perjuicios mayores.

“Tercero. Que se ordene la conformación de un comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia, integrado por el juez, las partes, el Sindicato de trabajadores de servicios públicos autónomos e institutos descentralizados de Colombia Sintraemsdes seccional Puerto Tejada, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, el Municipio de Puerto Tejada Cauca (art. 34 inc. 4 de la ley 472/98).

“Cuarto. Que las partes demandadas otorguen una garantía bancaria o póliza de seguros, por el monto que determine el H. Tribunal, para garantizar lo dispuesto en la sentencia (Art. 42 de la ley 472).

“Quinto. Que se señale el monto del incentivo que le corresponde a la parte que represento como titular de la presente acción popular, desde ahora manifiesto que cedemos al Fondo de Defensa de Intereses Colectivos el 5% del incentivo a que tengan derecho.

“Sexto. De conformidad con el art. 139 del C.C.A. y en atención a que el municipio de Puerto Tejada se niega a hacer entrega auténtica sírvase ordenar que se haga entrega de la siguiente documentación:

“a. Copia auténtica del contrato No. 001 de 9 de junio de 2004 suscrito entre el municipio de Puerto Tejada Cauca representado legalmente por su alcalde municipal y Aguas del Puerto S.A. E.S.P. representado legalmente por el señor Edwar Antonio Gómez Corrales.

“b. Copia de la representación legal de Aguas del Puerto S.A. E.S.P.

“c. Copia del presupuesto del municipio de Puerto Tejada Cauca.

Sexto. Reconózcame personería al tenor del memorial poder que con esta demanda acompaño”.

2. Hechos

Se afirmó en la demanda que el 9 de junio de 2004 el municipio de Puerto Tejada (Cauca) y la Sociedad Aguas del Puerto S.A. E.S.P., suscribieron el contrato No. 0001 de arrendamiento con inversión en el que *“lo que sucedió realmente fue que en forma simulada el municipio de Puerto Tejada entregó mediante concesión simulada por un supuesto contrato de arrendamiento en forma ilegal a la Sociedad Aguas del Puerto S.A. E.S.P. el manejo y administración del acueducto municipal, el cual deja una producción superior a los treinta millones de pesos mcte. (\$30.000.000,00) mensuales y los cambió o entregó por la suma de tres millones de pesos mcte. (\$3.000.000,00) por espacio de treinta (30) años que dejan sin piso esta contratación y que violan directamente la moralidad administrativa y dejan indefenso el patrimonio público de la municipalidad”*.

Que a más de no haberse celebrado por licitación, por tratarse de un contrato de arrendamiento, *“no se ha exigido la incorporación al contrato de la representación legal de la Sociedad a la cual se adjudicó el susodicho contrato y mucho menos se exigió la firma de su representante legal, pues éste aparece suscrito por el apoderado judicial de la firma, en un hecho igualmente violatorio ya que a pesar de tener poder para unos actos, no se le dio poder expreso para la suscripción del mismo”*. Que la Personería Municipal no fue informada de dicho proceso de contratación, como tampoco lo fueron las veedurías ciudadanas.

Que la Contraloría, en informe de auditoría de legalidad del contrato, señaló en cuanto a los estudios de prefactibilidad que no existen documentos que al menos determinen una situación de conveniencia o inconveniencia para gestionar un contrato de arrendamiento; que el estudio de viabilidad técnica, financiera, comercial y jurídica *“no se encuentra en la conformación del proceso licitatorio”*, que los pliegos *“no encuentran fundamento en la situación contable y económica e infraestructura de la empresa de acueducto”*; que *“dentro de los documentos hace falta el acto administrativo de apertura de la licitación, el estudio de viabilidad técnica y dentro de los prepliegos no se prevé la situación de los trabajadores”*.

Que por protesta de los empleados se hizo un otro sí al contrato donde aparece la figura de la sustitución patronal; que a la fecha de la licitación la empresa no estaba constituida *“por lo tanto no se reúne el requisito de experiencia”*; en la evaluación financiera se tuvieron en cuenta los estados financieros del socio Gómez Corrales y no de la empresa Aguas del Puerto; el contrato fue *“firmado por Luis Fernando (sic) Santa en calidad de alcalde de Puerto Tejada y el señor Jesús Humberto Rojas Giraldo en calidad de apoderado de la Sociedad Aguas del Puerto S.A. sin que dentro de las exposiciones generales del contrato se refiera al poder conferido o reconozca personería jurídica para actuar, documento que además no reposa dentro de las carpetas del proceso licitatorio”*.

Que *“en este caso se presenta una inexistencia de contrato ante la violación directa de la moralidad administrativa que en el trámite contractual se ha hecho, como el desmedro del patrimonio público hecho por la primera autoridad del municipio, quien violó todas las normas y reglas que fija la ley 80 de 1993 para contratación administrativa, la cual es clara en señalar que cuando se trata de servicios públicos es un contrato de concesión por una parte y por la otra cuando se trata de arrendamientos no hay licitación, dejando ver a todas luces el desconocimiento total de la ley y las normas que la rigen por parte de la Administración Municipal”*.

Que la violación a la moralidad administrativa se evidencia en i) que se simula una concesión bajo el nombre de contrato de arrendamiento para evitar *“todos y cada uno de los pasos y hechos administrativos que para ésta (sic) clase de contrato se exige”*; ii) que se tuvo especial interés en entregar a la empresa el acueducto *“llegando a tal punto ese interés que se abrió sin tener necesidad a ello a licitación el contrato, se permitió licitar a una sociedad inexistente para la fecha, se aceptó como experiencia aquella dada por un particular y no por la empresa, la cual fue constituida apenas unos días antes de la suscripción del contrato y mucho después de la licitación”*; iii) no se hicieron los estudios de prefactibilidad, ni de factibilidad y se decide poner en riesgo el patrimonio del municipio por espacio de 30 años frente al hecho de que esta empresa tiene ingresos promedio de 30 millones de pesos mensuales y se prefiere hacer entrega de la misma por la irrisoria suma de 3 millones *“es decir una proporción de 10 a 1, lo cual no tiene justificación, ni explicación alguna (...) decide por su propio beneficio entregar un bien a un tercero, abusando de su autoridad, sin solicitar los permisos que necesitaba”*.

3. Oposición de los demandados

Mediante auto de fecha 7 de febrero de 2005, el *a quo* admitió la acción popular, ordenó notificar a las entidades demandadas y a la Defensoría del Pueblo y dispuso asimismo informar a la comunidad, a través de un medio de comunicación social de la ciudad.

3.1 El municipio de Puerto Tejada contestó oportunamente la demanda y sostuvo que la supuesta rentabilidad que presentaba la empresa *“no tiene sustento probatorio alguno”*, que el contrato de arrendamiento con inversión se debió a la necesidad de prestar un mejor servicio a la comunidad *“que además de padecer una cobertura mínima del sistema de acueducto, el agua que recibía para el consumo era de pésima calidad, lo cual conllevaba igualmente una creciente cartera de deudores del servicio, quienes, por las razones expuestas, se negaban a cancelarlo”*.

Que aunque no era necesario adelantar el proceso licitatorio se pretendió *“dar transparencia e imparcialidad en el proceso”*. Que quien suscribió el contrato en nombre del consorcio sí contaba con facultades para ello. Que todas y cada una de las objeciones hechas por la Contraloría departamental son infundadas ya que se *“elaboraron con desconocimiento de la totalidad de los folios y cuadernos que constituyen el archivo del contrato de arrendamiento”*. Que el ingeniero Francisco Convers Guevara hizo el estudio de prefactibilidad.

Que la publicación de la licitación hecha en el diario Nuevo Occidente, en tanto no se contaba con página web según autoriza el artículo 1º del decreto 2170 de 2002. Que si bien hubo inconvenientes con los trabajadores de la otrora empresa Empuerto S.A., estos se solucionaron con la suscripción del otro sí al contrato; todos y cada uno de los argumentos expuestos por la Contraloría han sido debatidos y refutados en el proceso judicial que se adelanta ante la Fiscalía Segunda Seccional de Puerto Tejada.

3.2 La Sociedad Aguas del Puerto S.A., a su vez, expuso que la demanda adolece de falta de precisión y claridad, pues la solicitud es incierta y vaga (dar el debido trámite a todos y cada uno de los contratos suscritos por el municipio). Sobre la calidad del agua acompañó un estudio elaborado por un Hospital de Puerto Tejada

que indica que el agua que entrega la sociedad accionada es apta para el consumo humano.

Adujo que la celebración del contrato es el resultado de una convocatoria pública que *“se rituó con pleno cumplimiento”* de la ley 80 de 1993, del decreto 2170 de 2002, de la Resolución CRA 136 de 2000. Que de conformidad con el artículo 31 de la ley 142 el régimen contractual aplicable a las entidades públicas en servicios públicos es el del *“derecho ordinario”*.

Que no hay ninguna *“simulación”* de la concesión, en tanto el artículo 39.3 de la ley 142 prevé dentro de los contratos especiales para la prestación de los servicios públicos, los contratos de las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar servicios públicos, o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos, lo cual *“se acoge plenamente a la naturaleza jurídica y objeto del contrato de arrendamiento reglado en los artículos 1973 y 1974 del Código Civil”*, además el artículo 14 de la Resolución CRA 136 de 2000 dispone que no se requerirá de contratos de concesión para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, con excepción de las áreas de servicio exclusivo.

Que, contrario a lo aseverado por el actor, Empuerto SA ESP presentaba un déficit aproximado de 20 millones de pesos mensuales, ya que el déficit acumulado al final de los años 2002 y 2003 es de \$1.680.555.987 y \$1.726.969.347 respectivamente. Que el documento de la Contraloría constituye un concepto respetable, pero se trata de un documento que no ha sido controvertido, ya que su contenido no fue discutido por el municipio y no fue conocido por la sociedad demandada.

Que no se encuentra razonable que se tenga que ejecutar un *“estudio de prefactibilidad (...) debiendo utilizar recursos financieros escasos del municipio, cuando se constituye un hecho incontrovertible y conocido por todos, la situación que se presenta por más de cincuenta años, de inadecuada y casi inexistente prestación del servicio público domiciliario (sic) de acueducto a la población de Puerto Tejada (...) elaborar y costear un estudio de prefactibilidad, por decir lo menos, sería un lujo, pues la evidencia es tan contundente que no requiere ser documentada, generando cargas económicas al municipio de Puerto Tejada”*.

En cuanto al estudio de factibilidad, explicó que el municipio contrató los servicios de consultoría del ingeniero Francisco Convers Guevara. Agregó que el municipio cumplió a cabalidad con el requisito de publicación de los prepliegos y de los pliegos de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1º del decreto 2170 de 2002 y adujo que los pliegos en el numeral 32, consignaban la obligación de presentar con la oferta un contrato de promesa de sociedad, de modo que no se exigía la conformación previa.

Precisó que el proponente cumplió fielmente con los requisitos del pliego de condiciones de la convocatoria y que con la suscripción del contrato *“no se ha infringido (sic) daño o causado prejuicios (sic) a la comunidad”*, sino que por el contrario, con el mismo se dio plena aplicación a los principios que orientan la actividad administrativa. Concluyó que con la celebración del contrato de arrendamiento con inversión, operación y mantenimiento del sistema de acueducto se *“ha permitido la prestación del servicio en adecuadas condiciones, con la meta de llegar a optimizarla en el menor tiempo posible”*.

4. La audiencia de pacto de cumplimiento, decreto de prueba y alegaciones

El 28 de junio de 2005 se celebró la audiencia especial de pacto de cumplimiento, la cual se declaró fallida por falta de acuerdo entre las partes. Por auto de 6 de julio de 2005 se abrió el proceso a prueba. Mediante proveído de 27 de octubre siguiente se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

El actor repitió lo señalado en el escrito de demanda.

El Ministerio Público, por su parte, estimó que si bien al momento de realizar la auditoría por parte de los funcionarios de la Contraloría Departamental *“no existían todos los documentos que soportan el procedimiento pre y contractual (...) se han allegado las pruebas”*, sin embargo *“las actividades previstas en el objeto social de las empresas que se constituyeron en consorcio para presentar oferta conjunta, no se atemperan a lo que se dispuso para la ejecución de este contrato”*.

Conceptuó que le asiste razón a la parte actora porque resulta evidente la violación de los derechos colectivos invocados *“considerando las cláusulas incluidas en el contrato, que merecerían de un estudio más profundo sobre las*

consecuencias de entregar toda la infraestructura, el uso y goce los (sic) bienes muebles e inmuebles destinados en el municipio para la operación, prestación y suministro de los servicios públicos domiciliarios, incluyendo catastro de usuarios y el softwar (sic) de operación comercial, además de que se le otorgan al contratista concesiones como la de definir los recursos provenientes de los aportes estatales y de las transferencias de ley 715 de 2001 del sistema general de participaciones destinadas a saneamiento básico, lo cual es una abierta forma de coadministración. Además, se deja en manos del consorcio la gestión comercial para garantizar el recaudo por facturación”.

5. La providencia impugnada

El Tribunal negó las súplicas de la demanda, al considerar que al contrato que se cuestiona se llegó previo adelantamiento de un proceso licitatorio, por lo que *“el cuestionamiento de la demanda no aparece claro”.*

Indicó en relación con los modos de gestión de los servicios que *“en forma alguna la ley ha dispuesto que exclusivamente lo sea a través del modo de concesión”*, en tanto la concesión como el arrendamiento son modos de gestión indirecta de servicios *“que en nuestro derecho positivo tiene cabida, tal y como resulta de lo regulado para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo por la Resolución CRA 151 de 23 de enero de 2001 artículos 1.3.4.4 y 1.3.5.2 expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico en desarrollo de la ley 142 de 1994, en armonía con lo previsto por los artículos 31 y 39 de ésta, eso sí a condición de hallarse sometido –el modo que se adopte- a procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes y en este caso así ocurrió”.* Este medio de gestión fue seleccionado además previa valoración de las posibilidades que el estudio de factibilidad ofreció.

El *A quo* advirtió que quien formuló la propuesta había sido designado gerente del consorcio, quien llevaba la representación legal de éste por lo que *“ha de entenderse como valedera la gestión adelantada por él al formular la oferta, procedimiento que se acomodó en un todo a la previsión contenida en el numeral 3.2 del pliego de condiciones correspondiente”.*

Que carece de sustento legal la afirmación según la cual la formulación de la oferta por parte del consorcio se hallaba afectada en su validez por haberse

constituido legalmente con posterioridad a la propuesta, dada la naturaleza del consorcio que carece de personería jurídica en tanto se trata de una modalidad *“de mancomunación transitoria”*. Finalmente, indicó que el suscriptor del contrato se hallaba facultado para hacerlo, *“perdiendo en consecuencia toda validez el cargo”*.

6. Razones de la impugnación

6.1 La Procuraduría 40 Judicial Administrativa discrepó de la decisión adoptada por el *A quo*, y al efecto reiteró los argumentos planteados en el alegato de conclusión. Agregó unas nuevas imputaciones y al concluir consideró *“injusto”* que el patrimonio municipal sea entregado a un operador en condiciones económicas *“tan irrisorias: \$ 3.000.000, oo mensuales, considerando que el número de usuarios pasa de más de 50.000 de acuerdo con el censo realizado hace ya varios años”*.

6.2 El demandante repitió los argumentos expuestos a lo largo del proceso y expuso nuevas imputaciones.

7. Alegatos en segunda instancia

Admitidos los recursos de apelación interpuestos, según providencia de 20 de enero de 2006 se corrió traslado a las partes por el término de 10 días para que presentaran sus alegatos de conclusión, las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A efectos de resolver los distintos aspectos del problema jurídico planteado, la providencia se dividirá en los siguientes apartados: i) Fijación del litigio en esta instancia; ii) Lo demostrado; iii) Marco conceptual para abordar el caso concreto; iv) Estudio de las imputaciones formuladas en la demanda; v) Del pago del incentivo y vi) Comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia.

1. Fijación del litigio en esta instancia

La demanda se contrae a cuestionar el contrato mediante el cual se entregó en arrendamiento con inversión el uso y goce de la infraestructura del sistema de acueducto y alcantarillado del municipio de Puerto Tejada y al efecto se formularon las siguientes imputaciones:

i) Omisión en la aplicación de la ley 80, al no adelantarse la selección por proceso licitatorio, al simularse un contrato de arrendamiento, cuando en realidad se estaba delante de una “concesión” para omitir el cumplimiento de la ley 80;

ii) Se entregó el manejo y administración de una infraestructura de acueducto que produce más de \$ 30 millones mensuales a cambio de \$ 3 millones de canon por espacio de 30 años *“que dejan sin piso ésta (sic) contratación y que violan directamente la moralidad administrativa y dejan indefenso el patrimonio público de la municipalidad, resultando directamente afectados todos y cada uno de los ciudadanos de la municipalidad que indefensos ven las actuaciones de su alcalde de regalar los bienes bajo su propia conveniencia”*;

iii) El contrato no fue suscrito por el representante legal de la sociedad Aguas del Puerto S.A. E.S.P. sin tener poder para ello;

iv) No hay estudios que determinen la conveniencia o inconveniencia del contrato. No hay en el proceso licitatorio estudio de viabilidad técnica, financiera, comercial y jurídica. Los pliegos no encuentran fundamento en situación contable y económica, y en la infraestructura de acueducto. Dentro de los documentos falta acto de apertura a licitación, el estudio de viabilidad técnica y no se previó situación de los trabajadores;

v) A la fecha de la licitación, la empresa no estaba constituida y por tanto no cumplía con el requisito de experiencia. Se permitió licitar a una sociedad inexistente. La evaluación tuvo en cuenta los estados financieros de uno de los socios, se aceptó como experiencia aquella dada por un particular y no por la empresa, la cual fue constituida apenas días después de la adjudicación del contrato;

vi) Hay violación de la moralidad administrativa porque se simula concesión bajo el nombre de un contrato de arrendamiento;

Sin embargo, el Ministerio Público formuló nuevas imputaciones contra los accionados en los alegatos de primera instancia al afirmar que *“las actividades previstas en el objeto social de las empresas que se constituyeron en consorcio para presentar oferta conjunta, no se atemperan a lo que se dispuso para la ejecución de este contrato(...) además de que se le otorgan al contratista concesiones como la de definir los recursos provenientes de los aportes estatales y de las transferencias de ley 715 de 2001 del sistema general de participaciones destinadas a saneamiento básico, lo cual es una abierta forma de coadministración. Además, se deja en manos del consorcio la gestión comercial para garantizar el recaudo por facturación”*.

En el recurso de apelación también el Ministerio Público agregó que el objeto social de la Empresa Caucasia S.A. es la operación del servicio público de aseo, *“lo cual no es similar a las actividades previstas objeto del contrato suscrito en Puerto Tejada, cuya finalidad es la financiación, operación, administración, mantenimiento y prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado”* y que la jurisdicción de la Sociedad Centroaguas S.A. E.S.P. es la ciudad de Tuluá, por fuera de los límites del departamento del Cauca, al que pertenece el municipio de Puerto Tejada.

A su vez, el demandante en el recurso contra la sentencia de primera instancia agregó que no se encuentra dentro del objeto social de la Empresa Caucasia S.A. la ejecución de las actividades objeto del contrato No. 0001 de 2004, esto es, la financiación, operación, administración, mantenimiento y prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado en el municipio de Puerto Tejada; lo mismo que si bien la sociedad Centroaguas sí puede prestar esos servicios, esta ejecución está condicionada a que sólo se realice en el municipio de Tuluá, razón por la cual no puede operar en el municipio de Puerto Tejada.

El actor adicionó igualmente que *“la empresa Caucasia S.A. y Centroaguas ESP que conforman Aguas del Puerto E.S.P., son de ‘papel’ y fueron creadas exclusivamente para el jugoso contrato de arrendamiento, que es una concesión donde cancelaban 3.000.000 de pesos mensuales y recaudaban 130.000.000*

amen de las transferencias de la ley 16 (sic) que suben anualmente (sic) mas de 25.000.000.000 pesos, por treinta años". Finalmente el demandante añadió en el recurso que el servicio no se ha mejorado y se sigue entregando un agua impotable, *"en nada se ha mejorado el servicio, ni en la calidad, ni en la cantidad de agua (...) no se ha hecho obra que reemplace el alcantarillado obsoleto y las redes de agua blanca (sic) y agua negra"*.

Nótese que en la relación fáctica que sirvió de fundamento a sus pretensiones, nada se dijo sobre estas nuevas imputaciones formuladas por el actor en el recurso y por el Ministerio Público en las alegaciones de primera instancia y en el recurso de apelación.

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

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

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

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

"1.2 Aunque la sentencia puede referirse al curso que vayan tomando los hechos y no sólo los invocados en la demanda, como en

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

Una y otra limitantes a los amplios poderes del juez popular, se erigen en una garantía del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 Constitucional). Con esta perspectiva, los ordinales a) b) y c) del artículo 18 de la ley 472 señalan que para promover una acción popular debe indicarse el derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado, los hechos que motivan la petición y la enunciación de las pretensiones, respectivamente. En la misma línea garantista, el inciso segundo del artículo 5º de la ley 472 dispone que el juez popular velará por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes, preceptiva que reproduce, en sede popular, el mandato general contenido en el artículo 9º de la ley Estatutaria de Administración de Justicia.”¹ (se subraya)

De modo que, en punto de la *causa petendi*, el juez popular también debe observar el principio de congruencia (art. 305 CPC) según el cual la sentencia debe estar en consonancia con los hechos aducidos en la demanda que impone la imparcialidad del juez. Identidad jurídica entre lo resuelto y los supuestos fácticos invocados que impone la garantía del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.N.)².

Principio de congruencia que si bien no reviste en sede popular los visos rígidos y absolutos que lo distinguen en procesos ordinarios, en todo caso la decisión final debe referirse al curso que vayan tomando los hechos y no se contrae exclusivamente a los indicados en el escrito de demanda, siempre y cuando –ha precisado la Sala- *“la conducta que se sigue desplegando sea aquella acusada como trasgresora por el actor popular desde la demanda”*³.

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 15 de agosto de 2007, Rad. AP-88001-23-31-000-2005-00004-01, Actor: Leandro Pájaro Balseiro, Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliario, C. P. Ruth Stella Correa Palacio, SV Mauricio Fajardo Gómez.

² DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, Tomo I, Decimotercera edición, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1994, Pág. 57.

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 16 de abril de 2007, Radicación número: AP 4400123310002004000640 01, Actor: Alex Adolfo Pimienta Solano, Demandado: Municipio de Albania y otros, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

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

“(...) cuando durante el transcurso del proceso el trasgresor continúa con la realización de las conductas que desde un comienzo el actor indicó como vulnerantes del derecho colectivo cuya protección ha demandado, la sentencia debe pronunciarse no sólo en relación con los hechos de la demanda y los argumentos de la defensa, sino que además deberá referirse al curso que vayan tomando los hechos, a efectos de que la decisión tenga la virtualidad de abarcar con efectividad la protección de los derechos colectivos que encuentre vulnerados, con la condición de que la conducta que se continúa sea aquella acusada como transgresora desde la demanda, en aras de garantizar el debido proceso en una de sus manifestaciones más importantes, el derecho de defensa. Es decir, no puede el juez juzgar hechos cuya existencia no le ha sido puesta de presente en las oportunidades de que disponen las partes dentro del proceso.”⁴

En consecuencia, la Sala no entrará a estudiar las nuevas imputaciones formuladas por el Ministerio Público y por el accionante en cuanto se apoyan en razones fácticas distintas a las que sirvieron de *causa petendi* al escrito de demanda popular, en franca violación del derecho de contradicción de los accionados.

2. Lo demostrado

De acuerdo con las probanzas aportadas al plenario quedó establecido:

2.1 Que el Concejo Municipal de Puerto Tejada (Cauca) autorizó al Alcalde de ese municipio para “*contratar un esquema empresarial*” que garantice la adecuada prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado del municipio, conforme da cuenta la copia auténtica del Acuerdo 14 de diciembre 10 de 2003 remitida a este proceso, cuyo artículo 1º prescribe:

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 16 de marzo de 2006, Radicación número: AP-130012331000200300239-01, Actora: Luz Yolanda Morales Peña, Demandado: Lotería de Bolívar, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

“Artículo primero. Autorizar al Alcalde, para adelantar las gestiones necesarias que permitan desarrollar el modelo de viabilidad empresarial que requiere el municipio para la adecuada prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado. Para tal efecto podrá utilizar procesos de capitalización con el sector oficial y/o privado, constituir una sociedad de orden oficial y/o privada, así mismo de ser necesario podrá celebrar directamente contratos de operación de inversión, de gestión o concurrir (sic) la configuración de negocios similares que garanticen la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado en el municipio de Puerto Tejada, para lo cual podrá entregar la infraestructura que hacen (sic) parte de los sistemas de acueducto (sic) de alcantarillado del municipio por un tiempo determinado. Lo anterior previo el cumplimiento de los procesos licitatorios pertinentes, de conformidad con la ley, para la suscripción de los contratos o convenios que requieran.” (fls. 416 a 418 y fls. 720 a 723 c. ppal., subrayas de la Sala)

El mismo acuerdo en su artículo segundo autorizó al alcalde a comprometer vigencias futuras en los siguientes términos:

“Artículo segundo. A efectos de poder ejecutar el modelo de la viabilidad empresarial a que se refiere el artículo anterior, autorizar al señor Alcalde Municipal para comprometer vigencias fiscales futuras y pignorar dichas rentas de los recursos de propósito general destinados a agua potable y saneamiento básico regulados por la ley 715 de 2001, para atender gastos de inversión y/o subsidios (...)” (fls. 416 a 418 y fls. 720 a 723 c. ppal.)

2.2 Que el Alcalde Municipal de Puerto Tejada “determinó” la conveniencia de adelantar un proceso de licitación pública para asegurar el concurso del capital privado con el fin de garantizar la prestación continua y eficiente del servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado de dicho municipio y al hacerlo acogió la recomendación de optar por el modelo de modernización mediante la suscripción, previa licitación pública, de un contrato de arrendamiento con inversión, según se desprende de lo dispuesto por los artículos 1º y 2º de la Resolución No. 270 de 5 de marzo de 2004, cuya copia auténtica fue incorporada válidamente al proceso (fl. 420 y fls. 726 y 727 c. ppal.).

Dicha decisión estuvo soportada en un estudio de viabilidad técnica, según da cuenta copia auténtica del mismo en 67 folios aportada al plenario por el Jefe de la Unidad Jurídica del Municipio demandado (fl. 466 y 794 a 860 c. ppal.).

En los considerandos del antecitado acto administrativo, luego de hacer alusión a las competencias municipales en materia de servicios públicos domiciliarios y de referirse en términos generales a la situación de la prestación del servicio público

de acueducto y alcantarillado en ese municipio, lo mismo que al acuerdo municipal antes mencionado, se lee:

“Resolución No. 270 de marzo 05 de 2004

“Por medio de la cual, se determina la conveniencia de definir un modelo empresarial y adelantar un proceso licitatorio, con la convocatoria del capital privado, para garantizar la eficiencia y la continuidad de la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado en el municipio de Puerto Tejada, departamento de Cauca.

“El suscrito alcalde municipal, en uso de sus facultades legales y en especial las contenidas en la ley 142 de 1994, la ley 80 de 1993, en el acuerdo municipal número 14 de 2003 y la resolución CRA 151 de 2001,

“CONSIDERANDO

“(…)4. Que en virtud de la autorización pactada el municipio contrató el estudio de viabilidad económica, técnica, comercial y jurídica con un experto, quien después de diagnosticar la realidad del estado actual de la prestación del servicio y después de verificar que la municipalidad no tiene los recursos económicos necesarios para emprender la optimización de este servicio, recomendó después de analizar varios modelos empresariales, optar por el modelo de arrendamiento con inversión. La administración municipal, después de las consultas pertinentes, optó por acoger la recomendación, consistente en la suscripción, previa convocatoria pública de un contrato de arrendamiento con inversión. La escogencia del modelo tuvo que ver con la importancia de preservar el patrimonio del servicio público de acueducto y alcantarillado, entre los haberes del municipio, de tal manera que se desechó el modelo de privatización, con lo cual después de terminado el contrato en comento, la infraestructura regresará al dominio del municipio, preservando de esta manera el patrimonio de la comunidad” (fls. 420 y 727 c. ppal.).

2.3 Que la alcaldía del municipio de Puerto Tejada adelantó una convocatoria pública a través de la licitación No. 001 de 2004, con el objeto de buscar la vinculación de un operador especializado y así escoger a una persona jurídica nacional o extranjera para que operara los servicios públicos de acueducto y alcantarillado de ese municipio mediante un contrato de arrendamiento con inversión, según dan cuenta las copias auténticas remitidas a este proceso relativas a algunas actuaciones desplegadas en dicha selección:

i) Resolución 557 de abril 12 de 2004 por medio de la cual se designó el comité evaluador (copia auténtica, fl. 423 y fls. 733 a 734 c.ppal.);

ii) Resolución No. 649 de abril 20 de 2004 por medio de la cual se hacen unas modificaciones a los prepliegos y se adoptan los pliegos definitivos (copia auténtica fl. 424, fls 735-736 c. ppal.);

iii) Acta de audiencia de aclaración de pliegos (copia auténtica fl. 425 anverso y fl. 738 c. ppal.);

iv) Adendo No. 001 (copia auténtica fl. 427 y fl. 742 c. ppal.);

v) Acta de cierre de licitación (copia auténtica fl. 418 y anverso, fls. 744 a 745 c. ppal.);

vi) Acta de evaluación de las ofertas (copia auténtica fl. 429 a 432 y anversos, fls. 746 a 751 c. ppal.) y

vii) Resolución 116 de 26 de mayo de 2004 por la cual se adjudica la licitación pública No. 001 de 2004 (copia auténtica fls. 433 a 434 y fls. 755 a 758 c. ppal.).

2.4 Que el municipio de Puerto Tejada y la Sociedad Aguas del Puerto celebraron el contrato No. 001 de 2004 de arrendamiento con inversión de la infraestructura del sistema de acueducto y alcantarillado de ese municipio, según da cuenta copia auténtica del mismo aportada al plenario (fls. 435 a 52 y fls. 759 a 793 c. ppal).

2.5 Que el objeto de dicho negocio jurídico supuso la administración temporal de la infraestructura afecta al servicio de acueducto y alcantarillado y sus actividades complementarias en el área geográfica correspondiente al municipio de Puerto Tejada:

“Cláusula 2. Objeto del contrato. En virtud del presente contrato, la arrendataria asume, en forma temporal, por su cuenta y riesgo, la: financiación, operación, administración, mantenimiento y prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, y sus actividades complementarias, así como la rehabilitación, optimización, construcción, expansión y reposición de los sistemas existentes, de conformidad con el régimen jurídico aplicable a este contrato, la oferta aceptada por el Municipio de Puerto Tejada y los Pliegos de condiciones de la convocatoria pública No. 001 de 2004”.

2.6 Que la arrendataria se comprometió a pagar mensualmente dentro de los primeros cinco días de cada mes la suma de tres millones de pesos

(\$3.000.000,00) durante el período comprendido entre la fecha de inicio del contrato de arrendamiento con inversión y el 31 de diciembre de 2004, según lo acordado en la cláusula 27. Que dicha suma sería indexada anualmente de acuerdo con el IPC (párrafo de la cláusula 27).

2.7 Que del contenido obligacional acordado en el apartado IV del negocio jurídico (arts. 11 a 16) se desprende que el municipio entregó la infraestructura afecta a los servicios de acueducto y alcantarillado, sin que se hayan pactado compromisos contractuales que de manera precisa y nítida establezcan por parte del operador especializado, el deber de invertir en el mantenimiento, recuperación y expansión del bien público explotado.

En efecto, dentro de las obligaciones generales de la arrendataria consignadas a la cláusula 11 no aparece referencia alguna al deber de invertir en la recuperación y mejoramiento de los bienes afectos al servicio en orden a ampliar la cobertura y mejorar la calidad del servicio prestado, tan sólo hay un compromiso a “mantener” el bien público explotado (literal e) y repararlo si es del caso (literal g), sin que las referencias generales al cumplimiento de la ley (literal b y l) signifiquen un compromiso nítido, claro y -ante todo- verificable en materia de ampliación permanente de la cobertura:

“Cláusula 11. Obligaciones generales de la arrendataria; En virtud del presente contrato, la arrendataria asume las siguientes obligaciones de carácter general. La arrendataria asumirá todas las obligaciones contempladas en el pliego de condiciones de la Convocatoria Publica No----(sic) del 2004 y en el presente contrato, a su propio riesgo y será responsable en el Municipio de Puerto Tejada Cauca, de la prestación de los servicios públicos domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado, de conformidad con lo estipulado en este CONTRATO DE ARRENDAMIENTO CON INVERSION.

EL MUNICIPIO no será responsable frente a terceros por las obligaciones que asuma o deba asumir LA ARRENDATARIA con aquellos.

Constituyen obligaciones de LA ARRENDATARIA entre otras:

a) Cumplir con el objeto del contrato, conforme a lo señalado en el mismo, la oferta aceptada por el Municipio y los Pliegos de Condiciones, para lo cual destinará todos los recursos materiales, técnicos, operativos, financieros y humanos que sean indispensables para garantizar su cabal ejecución, en forma eficiente y oportuna.

b) Cumplir con todas las disposiciones contenidas, en la Constitución Política, leyes, reglamentaciones y regulaciones que se encuentren vigentes al momento de la celebración del contrato, o que sean expedidas durante su ejecución, en relación con los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, y sus actividades complementarias, y los prestadores de los mismos. En todos los

casos en que este contrato remita a una disposición legal, deberá entenderse que ella comprende las normas que la desarrollan, complementan y/o adicionan.

c) Cumplir con los compromisos consagrados en la Ley 412 de 1997, "Por la cual se aprueba la "Convención Interamericana contra la Corrupción", suscrita en Caracas el 29 de marzo de mil novecientos noventa y Seis (1996)".

d) Apoyar y colaborar con el Municipio en las tareas de supervisión de este contrato, que ejerza el Comité de Veeduría Cívica que integre la Alcaldía Municipal. Igualmente, suministrar en forma completa y oportuna toda la documentación e información que este Comité requiera para el cumplimiento de sus tareas, salvo la que esté sometida a reserva legal.

e) Asumir la responsabilidad por el mantenimiento de los bienes designados por el Municipio, que se encuentren afectos a los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, según el Inventario General de Bienes, los que serán utilizados exclusivamente en el cumplimiento del objeto de este contrato.

f) Aportar el capital, y obtener la financiación que sea necesaria para cumplir con este contrato, de tal manera que se garantice plenamente el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el (sic) ARRENDATARIA.

g) Efectuar oportunamente los mantenimientos preventivos y correctivos, con sujeción al programa que establezca para cada período anual, y las reparaciones de todos los bienes, con el fin de garantizar su integridad y funcionamiento.

h) Pagar todos los impuestos de orden nacional, departamental y municipal, tasas o contribuciones que se encuentren vigentes o se establezcan durante el periodo contractual, de conformidad con las disposiciones legales que rigen la materia.

i) Separar contablemente las operaciones relacionadas con el contrato de ARRENDAMIENTO CON INVERSION de sus otras operaciones, si las tuviere.

j) Pagar los servicios de auditoria (sic) externa del (sic) ARRENDATARIA, si a ello hubiere lugar.

k) Sufragar las contribuciones especiales establecidas por la Ley 142 de 1994 en favor de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, en las cuantías, oportunidades y términos que fijen las mismas entidades.

l) Las demás que se deriven de su condición de empresa de servicios públicos domiciliarios y de este contrato, la oferta aceptada por el Municipio de PUERTO TEJADA y los pliegos de condiciones." (negritas originales, subrayado de la Sala).

Tampoco se advierte compromiso específico y verificable en lo tocante con el mantenimiento, la recuperación y la expansión de los bienes afectos al servicio en la cláusula 12, en la que se establecieron las obligaciones del operador en relación con la prestación de los servicios públicos domiciliarios. Por virtud de esta cláusula el operador tan sólo se obligó a adquirir los bienes y servicios "requeridos para la operación del servicio", sin que de ello se desprenda un compromiso claro y

preciso en punto de ampliación de la cobertura y mejoramiento de la calidad del servicio (arts. 2.1, 2.2, 2.5, 11.1 y 25 de la ley 142):

“Cláusula 12. Obligaciones da (sic) arrendataria en relación con la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, y sus actividades complementarias. En virtud del presente contrato, la arrendataria asume, entre otras, las siguientes obligaciones específicas en esta materia:

a) Asegurar la operación eficiente, continua y regular de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, y sus actividades complementarias, así como su cobertura y calidad, en los términos de toda la normatividad aplicable a dicha prestación y a las personas que la realizan, y este contrato, utilizando para ello las fuentes de financiación previstas en el mismo.

b) Aportar el capital requerido para desarrollar el objeto contratado, y conseguir el financiamiento indispensable para cumplir con la totalidad de las obligaciones asumidas en razón de su celebración.

c) Administrar los contratos de servicios públicos (contrato de condiciones uniformes) suscritos por EMPUERTO y los de nueva suscripción (sic) con los suscriptores y/o usuarios que soliciten la prestación de los servicios públicos domiciliarios, con sujeción a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994 y las disposiciones que la reglamenten, modifiquen y complementen, y este contrato.

d) Publicar en diarios de amplia circulación en el municipio de PUERTO TEJADA, el contrato de servicios públicos (condiciones uniformes) que EMPUERTO ofrece a sus suscriptores y/o usuarios, así como cualquier modificación o adición que le sea introducida, por lo menos una vez al año. No obstante, el (sic) ARRENDATARIA deberá mantener siempre disponible el texto de las condiciones uniformes a que se somete la prestación de los servicios públicos.

e) Recibir y tramitar las quejas, reclamos, recursos, peticiones, que sean presentadas por los usuarios y/o suscriptores, directamente o a través de los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos, con sujeción a los procedimientos señalados en la Ley 142 de 1994, sus disposiciones reglamentarias y las demás normas que regulan esta materia.

f) Aceptar todos los derechos, licencias, servidumbres y permisos requeridos para la operación de los servicios de acueducto y alcantarillado de que fuere titular EL MUNICIPIO; cumplir con todas y cada una de las obligaciones no pecuniarias adquiridas por esta en virtud de su cesión o traspaso, y mantenerlos vigentes durante el contrato de ARRENDAMIENTO CON INVERSION, para lo cual cumplirá con los requisitos que fueren exigibles y cancelará todas las contraprestaciones económicas, tasas, multas, contribuciones, que se causen a partir de la fecha de inicio de ejecución de este contrato.

g) En nombre de EL MUNICIPIO, obtener las licencias, permisos y autorizaciones de todo orden, que sean requeridas para la operación de los servicios, incluida la construcción y puesta en marcha de la infraestructura correspondiente, entre otras para el uso de los recursos naturales o del medio ambiente, la ocupación de vías públicas y la utilización de suelos. Así mismo, deberá mantenerlas vigentes, y sufragar todos los costos generados por su expedición y/o renovación.

h) En nombre de EL MUNICIPIO, identificar y negociar las servidumbres que se requieran, y cancelar en nombre del contratante las indemnizaciones que correspondan, en los términos de ley.

i) Adquirir los bienes, equipos, servicios, materiales y provisiones requeridas para la operación de los servicios de acueducto y alcantarillado, en forma eficiente y oportuna. En tales adquisiciones deberá observar las normas técnicas y regulatorias que fueren aplicables, así como asegurar condiciones competitivas de selección de los proveedores correspondientes.

j) Garantizar la calidad del agua potable, de conformidad con las normas técnicas y regulaciones expedidas por el Ministerio de Salud o la entidad que haga sus veces.

k) Cumplir con la elaboración, actualización y aplicación de los manuales de operación y prestación del servicio que debe elaborar el (sic) ARRENDATARIA. Es obligación del (sic) ARRENDATARIA asegurar que estos manuales estén conformes con la Ley y sus normas reglamentarias, la regulación expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), y las condiciones establecidas en el contrato.

l) Suscribir con una entidad fiduciaria que funcione legalmente en Colombia un contrato enmarcado dentro de las siguientes disposiciones:

- La fiduciaria recaudará todos los ingresos relacionados con el servicio tales como giros de ICN, recaudos por facturación, ingresos por otros conceptos como cartera, medidores, etc.
- La fiduciaria efectuará los giros de los dineros que según lo estipulado en el contrato correspondan al (sic) ARRENDATARIA, a la interventoría, al municipio y, en general, a los compromisos económicos derivados del presente contrato.
- El ARRENDATARIO se compromete a dar instrucciones irrevocables a la Fiduciaria para que efectúe los correspondientes giros.” (negritas originales, subrayado de la Sala).

Según la cláusula en referencia, el contratista se comprometió a asegurar la prestación regular y continua “*en los términos de toda la normatividad aplicable a dicha prestación*” [apartado a)] lo mismo que a adquirir los bienes, equipos, servicios, materiales y provisiones requeridos para la operación [apartado i)], o lo que es igual, las partes una vez más se limitaron a pactar unas obligaciones propias de la prestación del servicio que devienen de mandatos legales sin que se precisen las mismas, en metas y guarismos particulares para el área geográfica de operación, como lo imponen este tipo de negocios, por cuya virtud la Administración se desprende temporalmente de los bienes afectos al servicio para que un tercero los gestione y administre.

En la misma línea, la cláusula 13 -en lo referente a la calidad y la expansión del servicio- se limitó a hacer en el apartado a) un reenvío a cumplir con lo previsto en los pliegos de condiciones en punto de calidad, cobertura, capacidad instalada, condiciones de infraestructura, los cuales fueron remitidos al plenario en copia

auténtica por el Jefe de la Unidad Jurídica del municipio de Puerto Tejada (fls. 466 y 905 a 945 c. ppal.).

Al apreciarse los pliegos de condiciones en sede judicial, tampoco de ellos se desprende un compromiso claro y verificable⁵. En efecto, su numeral 2.9, contentivo del “*compromiso de mejoramiento de índices*”, se restringe a formular escuetamente en un cuadro unos “indicadores” –expresados en porcentajes- de compromiso por parte del operador cada quinquenio, sin que se precisen cuáles son las inversiones que habrá de emprender el contratista (el numeral 2.10 deja la determinación del monto de la inversión al contratista), ni las obras que se requieren para la expansión, optimización y reposición del sistema de acueducto y alcantarillado (una vez más el numeral 2.10 de los pliegos deja en libertad al contratista de determinar cuáles se adelantarán), como tampoco los guarismos exactos que permitan su efectiva verificación.

En efecto, sobre el particular los pliegos se contraen a señalar:

“2.9 Compromiso de mejoramiento de índices.

“El proponente deberá comprometerse con el cumplimiento de los indicadores que a continuación se relacionan tales como: calidad, continuidad, cobertura, presión, índice de agua no contabilizada y porcentaje de recaudo, durante su gestión en el contrato de arrendamiento con inversión, garantizando llegar como mínimo en este lapso a las siguientes metas al final de cada período:

Criterio	2005	2010	2015	2020	2025	2030
Calidad			Cumplir	Con	decreto	475/98
Continuidad	75%	90%	100%	100%	100%	100%
Cobertura acueducto	80%	90%	94%	97%	98%	100%
Cobertura alcantarillado	70%	75%	78%	80%	85%	90%
Presión	(2)	(2)	(2)	(3)	(3)	(3)
Porcentaje de recaudo	70%	80%	85%	85%	85%	85%

⁵ Tampoco se aprecian esos compromisos en el documento que parece ser la oferta presentada (copia auténtica, fls. 566 a 797 c. ppal. Aportada al plenario por el Jefe de la Unidad Jurídica del Municipio accionado en acato a prueba decretada en esta instancia).

Índice de agua no contabilizada	35%	30%	30%	30%	30%	30%
---------------------------------	-----	-----	-----	-----	-----	-----

- (2) Presión: <10 m.c.a en algunos tramos la red de distribución
(3) Presión >10 m.c.a. en todos los tramos la red de distribución

“2.10 Inversiones

“El proponente deberá evaluar el monto de las inversiones que requieran para dar estricto cumplimiento a las metas fijadas en el presente pliego de condiciones. Será de su absoluta responsabilidad el diseño, la planeación y la ejecución de las obras necesarias para la expansión, rehabilitación, optimización y reposición del sistema de acueducto y alcantarillado de tal manera que se cumpla con las metas a las cuales se compromete en el presente proceso.

“Los proponentes tendrán la libertad de organizar o preparar su propio plan de inversiones que deberá cumplir con las metas de prestación establecidas por los presentes pliegos de condiciones

“Los proponentes podrán consultar en la Alcaldía de Puerto Tejada el estudio de viabilidad técnica y financiera del servicio (negrillas originales, subrayado de la Sala)

Tampoco hay compromiso claro alguno en materia de ampliación de la cobertura en el literal b) de la cláusula 13, pues esta estipulación se limita a obligar a identificar a los usuarios sin que se refiera en términos precisos y claros a cómo el operador propenderá la universalización de la prestación:

“**Cláusula 13. Obligaciones de la arrendataria en relación con la calidad de los servicios y su expansión.** En virtud del presente contrato, la arrendataria asume, entre otras, las siguientes obligaciones específicas en esta materia:

a) **Condiciones de prestación de los servicios e infraestructura.** Cumplir con todas las estipulaciones pactadas sobre calidad, coberturas, capacidad instalada y condiciones de la infraestructura, de conformidad con lo establecido en los pliegos de condiciones.

b) **Masificación del uso de los servicios de acueducto y alcantarillado.** Sin perjuicio del cumplimiento de las metas estipuladas en estos pliegos, propenderá por identificar permanentemente la totalidad de los usuarios de los servicios objeto del presente contrato. Igualmente, hará lo posible por que (sic) el consumo de los mismos se facture por micro medición.” (negrillas originales, subrayado de la Sala).

A su turno, en la cláusula 14 atinente a las obligaciones del arrendatario en relación con la construcción, operación y mantenimiento de los sistemas, no se determina con precisión y claridad todo lo relacionado con las obras que se requieren. Así, el ordinal a) alude a las “obras necesarias”, sin que en el cuerpo del contrato ni en el pliego, se identifiquen –como se impone en esta modalidad

negocial- cuáles serían, sus especificaciones, tiempos de construcción, ni fechas en que entrarán a disposición de la operación.

Parece el articulado prestar atención –sin duda importante pero no suficiente- exclusivamente al mantenimiento de la infraestructura que aporta el municipio (literales b, c, d) sin que se aluda a su recuperación, mejoramiento y expansión:

“Cláusula 14. Obligaciones de la arrendataria en relación con la construcción, operación y mantenimiento de los sistemas. En virtud del presente contrato, la arrendataria asume, entre otras, las siguientes obligaciones específicas:

a) Elaborar por su cuenta y riesgo todos los diseños generales y de detalle de la infraestructura física, y supervisar la construcción de las obras necesarias para prestar los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, con sujeción al Reglamento Técnico de Agua Potable y Saneamiento Básico, (RAS) (Resolución No. 0822 de agosto 6 de 1994, expedida por el Ministerio de Desarrollo Económico), y las demás normas que la modifiquen, complementen y adicione y/o establecido en este contrato.

b) Efectuar los mantenimientos preventivos y correctivos de todos los bienes, equipos y elementos afectos al desarrollo del contrato de ARRENDAMIENTO CON INVERSION, con la periodicidad que se establezca en el programa que adopte para cada año, o cuando las circunstancias lo impongan.

c) Operar los sistemas de acueducto y alcantarillado conforme lo señalen sus manuales y las normas técnicas, a las que deberá sujetarse durante toda la vigencia del contrato.

d) Tomar los seguros que se requieran para proteger todos los bienes afectos al contrato de ARRENDAMIENTO CON INVERSION, incluidos los de EL MUNICIPIO, contra daños de cualquier naturaleza, incendio, robo, hurto, explosión, inundación, danos por agua debido a ruptura de tuberías, vandalismo, actos mal intencionados, responsabilidad civil extracontractual y todos los demás hechos que puedan afectar la integridad, existencia y utilidad de tales bienes. A las empresas de ingeniería que contratare el (sic) ARRENDATARIA le exigirá las pólizas estipuladas por la ley, y el beneficiario de las mismas será el contratante.” (negrillas originales, subrayado de la Sala).

Esta prueba documental pone de presente la ausencia de metas de gestión claras, precisas y verificables en orden a ampliar la cobertura y a mejorar la calidad del servicio, por cuanto carece de fijación de las obras por adelantar para lograr alcanzar los porcentajes numéricos previstos en el pliego.

Las estipulaciones que se pactaron en estos puntos cardinales del negocio jurídico que se estudia, y fundamentales en la estructuración de este tipo de proyectos, en lo que hace a la entrega de la infraestructura pública afecta al servicio, no

permiten una determinación clara de los compromisos del contratista y tampoco de la manera como éstos se verificarán.

Lo anterior adquiere connotaciones aún más delicadas, si se tiene en cuenta que el plazo pactado es de 30 años (cláusula cuarta), prorrogables hasta por quince años más (cláusula quinta). Cuarenta y cinco (45) años de duración, plazo extenso que impide una adecuada y eficaz verificación de los compromisos contractuales acordados en cuanto a sus metas y ejecución de las mismas. En efecto en cuanto a la duración del contrato, las cláusulas 4 y 5 del negocio jurídico dispusieron:

“Cláusula 4. Duración del contrato. La vigencia de este contrato será de treinta (30) años contados a partir de la fecha en que se inicie su ejecución. En cualquier caso, estará vigente hasta su liquidación final, que deberá realizarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de terminación, por cualquier causa.

“Cláusula 5. Ampliación del plazo del contrato. Las partes de común acuerdo podrán pactar la ampliación del plazo de este contrato, únicamente en los casos contemplados en el capítulo VIII equilibrio económico, de este contrato. Cuando ello ocurra, dicha ampliación no podrá exceder el cincuenta por ciento (50%) del plazo originalmente pactado, y las partes deberán suscribir contrato adicional en el que se pacten las nuevas condiciones”.

2.8 Que, por escritura pública No. 0001249 de la Notaría 14 de Cali de 3 de junio de 2004, se constituyó la sociedad comercial denominada Aguas del Puerto S.A. E.S.P. cuyo objeto es *“la operación del servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado del municipio de Puerto Tejada”*, según da cuenta el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio del Cauca de 4 de mayo de 2005 (original, fls. 302 a 305 c. 1). Esta prueba documental también pone de presente que el *“representante legal tendrá las funciones inherentes a su cargo”* y en especial *“(…)2. Ejecutar todos los actos u operaciones correspondientes al objeto social, de conformidad con lo previsto en las leyes y en los estatutos”*.

2.9 Que mediante otrosí se dispuso que opera la sustitución patronal de los trabajadores de EMPUERTO por parte de AGUAS DEL PUERTO S.A. E.S.P., según da cuenta en los siguientes términos:

“PRIMERO. En la ejecución del contrato principal operará la figura de la sustitución patronal razón por la cual, AGUAS DEL PUERTO S. A. ESP responderá por todas las obligaciones de carácter laboral

contraídas por EMPUERTO y surgidas con anterioridad a la iniciación del contrato de arrendamiento con inversión. Las partes consignarán en un Acta que obrara como anexo de este contrato, suscrita por el Dr. DANILO ORTIZ PAZ, Alcalde Encargado y el Señor EDUARDO ANTONIO GOMEZ CORRALES, en su condición de Representante Legal de LA ARRENDATARIA, la relación de pasivos laborales con determinación de los nombres de los trabajadores beneficiarios, las edades, los cargos que ocupan, las fechas de ingreso, el salario que devengan y las cuantías de las respectivas acreencias. SEGUNDO.-Las partes determinarán el valor cierto de los pasivos laborales y los costos financieros que le generará a AGUAS DEL PUERTO S. A ESP, asumirlos y pagarlos y para compensarlos EL MUNICIPIO le hace entrega inmediata de la cartera pendiente para que sea recuperada hasta la concurrencia de las sumas asumidas por la prestadora por concepto de los pasivos determinados. PARAGRAFO.-Los costos de recuperación de la cartera serán asumidos por EL MUNICIPIO, que por medio de este otrosí autoriza a la sociedad AGUAS DEL PUERTO S. A ESP, a descontarlos de los dineros recaudados. Igualmente la entidad territorial autoriza a descontar por estos mismos conceptos, DOS MILLONES DE PESOS MENSUALES (\$2.000.000) del valor de los cánones mensuales pactados (...) (subrayas de la Sala)

3. Marco conceptual para abordar el caso concreto

Con el fin de analizar el caso concreto, se impone un estudio previo de la Sala en dos aspectos: i) la libertad de entrada y ii) el régimen de contratación en el sector de los servicios públicos domiciliarios.

3.1 La libertad de entrada en la prestación de los servicios públicos domiciliarios

La jurisprudencia de esta Corporación tiene determinado que la Constitución de 1991 y las reformas legales de 1994, entrañaron una radical reformulación de la noción de servicio público:

“La Carta de 1991, al regular los servicios públicos domiciliarios como un apartado especial de la Constitución Económica, introdujo un cambio sustancial: el nuevo ordenamiento constitucional dejó atrás la noción de servicio público que lo asimilaba a una proyección de la ‘función pública’ y optó por un ‘nuevo servicio público’ basado

en el modelo competitivo: a la vez libre e intervenido por el Estado en su condición de director general de la economía⁶.

“De ahí que los servicios públicos domiciliarios dejaron de ser concebidos como función pública, a la manera de la escuela realista de Burdeos, para ser tratados como un capítulo singular de la Constitución Económica dentro de un modelo *‘neocapitalista, propio de una economía social de mercado, que pretende conciliar las bondades de la competencia con la necesaria intervención estatal, en orden a proteger al usuario final’* ⁷.

“En efecto, la prestación de los servicios públicos no reviste el carácter de *función pública*. Y no la reviste, porque la Constitución misma dispone que una y otra materias son objeto de regulación legal separada. Así, el numeral 23 del artículo 150 distingue con claridad las leyes que *‘regirán el ejercicio de las funciones públicas’* de aquellas que se ocupan de la *‘prestación de los servicios públicos’*.

“En la misma línea, otros preceptos constitucionales se ocupan de ratificar el carácter especial que reviste el régimen legal de los servicios públicos; es así cómo la Constitución dispone que estos están sometidos al régimen jurídico que fije la ley (artículo 365); se defiere a la ley fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación y el régimen tarifario (art. 367); se establece que la ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, su régimen de protección, formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que prestan el servicio y definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios (art. 369); se asigna al Presidente de la República dos importantes funciones de intervención económica en el mercado de los servicios públicos -regulación y control- y se determina que esta última la ejerce por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (art. 370); en fin, se imponen unos términos especiales para la aprobación del régimen jurídico de los servicios públicos (art. 48 transitorio).

“De otro lado, no debe olvidarse que los servicios públicos son regulados en el marco del Régimen Económico (Título XII) y no dentro del apartado de la Constitución dedicado a la Organización del Estado (Título V a X), como sí sucede con la función pública cuyo entorno constitucional se encuentra consignado en el capítulo 2 del Título V (arts. 122 a 131 C.N.).

⁶ Cfr. “Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios”, en Contexto, Revista de Derecho y Economía, No. 13, abril de 2002, Universidad Externado de Colombia, p. 22 y ss y CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 037 de 2003.

⁷ “Legislador y juez: ¿Garantías o amenazas al modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios?” en Revista Contexto, Revista de Derecho y Economía, Universidad Externado de Colombia, agosto de 2004, Edición especial No. 18.

“Esta superación de la vieja concepción orientada por el profesor Duguit conforme a la cual los servicios públicos eran una manifestación de la función pública, ha sido puesta de relieve en forma, por demás, reiterada por la Sala en múltiples pronunciamientos (...)”.⁸

Así, superada la *teoría clásica de los servicios públicos* que los asimilaba a una función administrativa e implantada -por virtud de la enmienda constitucional del año de 1991- una *nueva concepción* que los reformula como una actividad económica, inherente a las finalidades sociales de nuestro Estado de Derecho, es apenas natural que los instrumentos jurídicos que usualmente eran utilizados para prestarlos también hayan sufrido una significativa transformación.

Por manera que si en la *concepción clásica de la escuela realista de Burdeos* los servicios públicos eran prestados como **monopolios estatales**, y sólo por excepción eran entregados a los particulares mediante **contratos de concesión** (Jèze), en el nuevo esquema institucional el Estado es garante más no prestador único y los agentes (públicos, privados o mixtos) no requieren de contratos de concesión para la prestación del servicio.

En efecto, la *perspectiva estatista o clásica*, propia del régimen jurídico anterior a la expedición de las leyes 142 y 143, concebía a los servicios públicos como una actividad monopólica del Estado y cuando un particular se encargaba de su prestación y al efecto usaba la infraestructura pública afecta al mismo (vgr. redes, equipos o plantas), lo hacía forzosamente bajo la modalidad de concesión del servicio.

Hoy la regla es distinta. La nueva concepción en principio está formulada en las antípodas de estos dos criterios: El monopolio y la concesión fueron sustituidos

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 15 de agosto de 2007, Rad. AP-88001-23-31-000-2005-00004-01, Actor: Leandro Pájaro Balseiro, Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliario, C. P. Ruth Stella Correa Palacio, SV Mauricio Fajardo Gómez. En el mismo sentido se pueden consultar, entre otros, los siguientes pronunciamientos de la misma Sala: Sentencia de 13 de mayo de 2004, Radicación número: 5001-23-31-000-2003-00020-01, Actor: Jesús María Quevedo Díaz, Referencia: AP-0020, C.P. María Elena Giraldo Gómez; Sentencia de 10 de febrero de 2005, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01, Actor: Exenober Hernández Romero, Referencia: AP – 00254 Acción Popular, C.P. María Elena Giraldo Gómez; Auto de 17 de febrero de 2005, Expediente número: 27673, Radicación número: 500012331000200300277 01, Actor: Rodrigo Villamil Virgüez, Demandado: Nación - Ministerio de Comunicaciones y otros, C. P. Alier E. Hernández Enríquez; Sentencia de 24 de febrero de 2005, Actor: Alberto Poveda Perdomo, Demandada: Empresas Públicas de Neiva y otros, Radicación: 41001-23-31-000-2003-(Ap-01470)-01, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; Sentencia de 26 de enero de 2006, Radicación número: AP-54001-23-31-000-2002-01944-01, Actor: Corporación Colombia Transparente O.N.G., Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y otros, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

por la **libre competencia**, la cual, además, ostenta en el nuevo ordenamiento constitucional el carácter de derecho constitucional colectivo (arts. 88, 333 y 365 CN). Así el artículo 336 Superior estableció que ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, mientras que de igual forma, el inciso segundo del artículo 365 CN impide por regla general la creación de monopolios oficiales en servicios públicos.

Para garantizar la libertad de competencia, simultáneamente la Constitución previó la libertad de empresa en el inciso primero del artículo 333 -dentro de las disposiciones generales del régimen económico- y en el inciso segundo del artículo 365 de la Constitución -en forma particular para el sector de los servicios públicos- como uno de los pilares del nuevo esquema de prestación de éstos últimos.

En cumplimiento de esos mandatos constitucionales, la ley 142 en varios de sus artículos reguló la libertad de entrada en la prestación de los servicios públicos. En efecto, el artículo 10 de la ley 142 prevé, en forma nítida, a la libertad de empresa como uno de los principios generales de esa normativa, principio cuyo desarrollo permite predicar la **libertad de entrada** en la prestación de los servicios públicos, dado que este precepto establece el derecho de todas las personas a organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley.

En consonancia, el numeral 9.2 del artículo 9 de la misma ley prevé la libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención o utilización, derecho que merece especial protección y tutela merced.⁹

En la misma línea, el artículo 22 *eiusdem* -al ocuparse del régimen de funcionamiento de las empresas de servicios públicos- prescribe que éstas no requieren permiso para desarrollar su objeto social, excepción hecha de las concesiones de aguas, concesiones y licencias de uso del espectro

⁹ “hoy, el individuo disfruta de una capacidad real de elección de productos y servicios en la mayoría de mercados. La libertad de elección ha pasado a ser un derecho prioritario para los consumidores, que no aceptan imposiciones por parte de empresas u otras instituciones”: DE LA CRUZ FERRER, Juan, La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico, modelos y análisis de la ley 54 de 1997, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 31.

electromagnético, permisos ambientales, sanitarios y municipales de que tratan los artículos 25 y 26 *ibid.*

Es claro que un número muy significativo de disposiciones de las leyes 142, 143 y 689¹⁰ tienen por objeto estimular la competencia en este sector económico, tanto desde la perspectiva de las empresas como desde la óptica de la protección del usuario, que constituyen por ello un régimen particular de promoción de la competencia, al tiempo que configuran “*un régimen de protección especial para un consumidor específico*”.¹¹

3.2 El derecho privado como regla general en la contratación de las entidades estatales prestadoras de públicos domiciliarios

Dentro de los múltiples preceptos de promoción de la competencia contenidas en la ley 142 ocupan especial lugar las **reglas en materia de contratación**, las cuales someten a un mismo marco jurídico a todos los operadores con prescindencia de su naturaleza jurídica, lo cual supone un parámetro de igualdad de condiciones. Así se observa en la remisión al derecho privado, que también por vía general hace el artículo 31 (modificado por el artículo 3º de la ley 689) en relación con los contratos de las entidades estatales que prestan los servicios públicos, al preceptuar que no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública¹².

Así las cosas, como el principio sobre el cual se fundamenta el nuevo modelo de prestación de los servicios públicos es la **libertad de entrada**, y ella impone un régimen uniforme en materia de contratación, resulta obligada inferencia que no es entonces necesaria la concesión para que los particulares presten los servicios públicos. Ésta y otras modalidades contractuales, como los contratos de operación

¹⁰ Régimen legal básico de los servicios públicos domiciliarios en Colombia.

¹¹ “*Los servicios públicos domiciliarios y la protección al usuario*”, en Contexto, Revista de Derecho y Economía, No. 5, septiembre de 1999, Universidad Externado de Colombia, p. 32 y ss. En el mismo sentido vid. “*Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios*”, en Contexto, Revista de Derecho y Economía, No. 13, abril de 2002, Universidad Externado de Colombia, p. 22 y ss

¹² A este respecto la Sala ha resaltado que “con la modificación que a ese artículo [31 de la ley 142] introdujo el 3º de la Ley 689 de 2001, se logró aclarar el régimen de derecho aplicable a los contratos celebrados por las prestadoras de servicios públicos domiciliarios”: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO, ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 18 de julio de 2007, Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00155-01 (29.745), Actor: Inversiones Iberoamericanas Colombia Ltda. Iberocol Ltda, Demandado: Codensa S.A. E.S.P.–Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., C.P. Ruth Stella Correa Palacio, AV Ramiro Saavedra Becerra.

o de gestión o el de arrendamiento, pueden ser celebradas con ese objeto. Así lo pone de relieve el profesor Palacios Mejía:

“En ocasiones, cuando los particulares se encargan de prestar un servicio público domiciliario, utilizando para ello bienes de las autoridades (...) celebran con las autoridades contratos que denominan ‘de concesión’, que el legislador ha dado a varias modalidades contractuales en donde las autoridades, por diversas razones, consiguen que los particulares se hagan cargo de ciertas actividades que interesan al bienestar de la comunidad. Pero ello no implica que los particulares solo pueden llegar a la prestación de los servicios públicos gracias a ‘concesiones’ del Estado. Ciertamente, la Constitución no armonizará con este enfoque”¹³ (se subraya)

En suma, la garantía del principio de libertad de entrada no significa que la Constitución y la ley no permitan que en ocasiones los particulares presten los servicios bajo la figura de la “concesión” o mediante otras modalidades negociales.¹⁴

Ahora, son dos las normas de la ley 142 que inciden directamente en la definición del tema, ambas modificadas por la ley 689 de 2001, la primera el artículo 31, en conformidad con cuyo párrafo (adicionado por el artículo 3º de la ley 689):

“PARÁGRAFO. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993.”

¹³ PALACIOS MEJÍA, Hugo, El derecho de los servicios públicos, Derecho Vigente, Bogotá, 1999, p. 77 y 78.

¹⁴ En este sentido, el párrafo del artículo 31 de la ley 142 (modificado por el artículo 3º de la ley 689) autoriza a los entes territoriales para que celebren con las empresas de servicios públicos i) con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios que aquellos venían prestando directamente o ii) para que éstas sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación. Por manera que estas dos situaciones, sin duda, constituyen una modalidad de prestación indirecta.

Asimismo, el artículo 39.3 de la ley 142 autoriza la celebración de “contratos especiales” en orden a facilitar la vinculación de empresarios particulares bajo la forma de modalidades negociales como la operación, la gestión “o *concesiones o similares*”. Las entidades oficiales están, pues, facultadas para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes destinados especialmente a prestar los servicios públicos, o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos, entre otros eventos.

La segunda es el artículo 39 *ibid.* que fue modificada por el artículo 4º de la ley 689 en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 39. CONTRATOS ESPECIALES. Para los efectos de la gestión de los servicios públicos se autoriza la celebración, entre otros, de los siguientes contratos especiales:

39.1. Contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente. El contrato de concesión de aguas, es un contrato limitado en el tiempo, que celebran las entidades a las que corresponde la responsabilidad de administrar aquellas, para facilitar su explotación o disfrute. En estos contratos se pueden establecer las condiciones en las que el concesionario devolverá el agua después de haberla usado.

El acceso al espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones puede otorgarse por medio de un contrato de concesión, de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y las leyes especiales pertinentes, pero sin que se aplique el artículo 19 de la Ley 80 de 1993 a bienes distintos de los estatales.

La remuneración que se pacte por una concesión o licencia ingresará al presupuesto de la entidad pública que celebre el contrato o expida el acto.

Cuando las autoridades competentes consideren que es preciso realizar un proyecto de interés nacional para aprovechamiento de aguas, o para proyectos de saneamiento, podrán tomar la iniciativa de invitar públicamente a las empresas de servicios públicos para adjudicar la concesión respectiva.

Las concesiones de agua caducarán a los tres años de otorgadas, si en ese lapso no se hubieren hecho inversiones capaces de permitir su aprovechamiento económico dentro del año siguiente, o del período que determine de modo general, según el tipo de proyecto, la comisión reguladora. Los contratos de concesión a los que se refiere este numeral se regirán por las normas especiales sobre las materias respectivas.

39.2. Contratos de administración profesional de acciones. Son aquellos celebrados por las entidades públicas que participan en el capital de empresas de servicios públicos, para la administración o disposición de sus acciones, aportes o inversiones en ellas, con sociedades fiduciarias, corporaciones financieras, organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, o sociedades creadas con el objeto exclusivo de administrar empresas de servicios públicos. Las tarifas serán las que se determinen en un proceso de competencia para obtener el contrato.

En estos contratos puede encargarse también al fiduciario o mandatario de vender las acciones de las entidades públicas en las condiciones y por los procedimientos que el contrato indique.

A los representantes legales y a los miembros de juntas directivas de las entidades que actúen como fiduciarios o mandatarios para administrar acciones de empresas de servicios públicos se aplicará el régimen de incompatibilidades e inhabilidades de los funcionarios que hayan celebrado con ellos el contrato respectivo, en relación con tales empresas.

39.3. Contratos de las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos; o concesiones o similares; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos; o para permitir que uno o más usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para recibir de uno o más usuarios el valor de las obras necesarias para prestar un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para pagar con acciones de empresas los bienes o servicios que reciban.

39.4. Contratos en virtud de los cuales dos o más entidades prestadoras de servicios públicos o éstas con grandes proveedores o usuarios, regulan el acceso compartido o de interconexión de bienes indispensables para la prestación de servicios públicos, mediante el pago de remuneración o peaje razonable.

Este contrato puede celebrarse también entre una empresa de servicios públicos y cualquiera de sus grandes proveedores o usuarios.

Si las partes no se convienen, en virtud de esta ley la comisión de regulación podrá imponer una servidumbre de acceso o de interconexión a quien tenga el uso del bien.

39.5. Contratos para la extensión de la prestación de un servicio que, en principio, sólo beneficia a una persona, en virtud del cual ésta asume el costo de las obras respectivas y se obliga a pagar a la empresa el valor definido por ella, o se obliga a ejecutar independientemente las obras requeridas conforme al proyecto aprobado por la empresa;

PARÁGRAFO. Salvo los contratos de que tratan el párrafo del artículo 39 y el numeral 39.1 de la presente ley, todos aquellos a los que se refiere este artículo se regirán por el derecho privado.

Los que contemplan los numerales 39.1, 39.2 y el 39.3 no podrán ser cedidos a ningún título, ni podrán darse como garantía, ni ser objeto de ningún otro contrato, sin previa y expresa aprobación de la otra parte.

Cuando cualquiera de los contratos a que este capítulo se refiere permitan al contratista cobrar tarifas al público, que estén sujetas a regulación, el proponente debe incluir en su oferta la fórmula tarifaria que aplicaría." (se subraya).

Originalmente el párrafo del artículo 39 establecía, de manera clara, el derecho privado como aquel que gobernaba el catálogo de contratos especiales que consagró el artículo 39, con excepción de aquellos a que se refiere el artículo 39.1, señalaba la norma:

“PARÁGRAFO. Salvo los contratos de que tratan el numeral 39.1, todos aquellos a los que se refiere este artículo se regirán por el derecho privado.

Los que contemplan los numerales 39.1, 39.2 y el 39.3 no podrán ser cedidos a ningún título, ni podrán darse como garantía, ni ser objeto de ningún otro contrato, sin previa y expresa aprobación de la otra parte.

Cuando cualquiera de los contratos a que este capítulo se refiere permitan al contratista cobrar tarifas al público, que estén sujetas a regulación, el proponente debe incluir en su oferta la fórmula tarifaria que aplicaría.” (se subraya).

Una aplicación meramente literal del actual párrafo del artículo 39 de la ley 142, luego de la modificación introducida por el artículo 4º de la ley 689, supondría *prima facie* que en adelante la aplicación del estatuto de contratación en estos contratos especiales no sería solamente en el evento del 39.1 (concesión de uso de aguas), sino que también tendría lugar en los contratos de que trata “*el párrafo del artículo 39*”, esto es: i) aquellos contenidos en los numerales 39.2 y 39.3 y ii) en cualquiera de los contratos a que se refiere el capítulo II del título II de la ley 142 (arts. 39 y 40). Esta lectura del precepto entrañaría, sin embargo, la admisión de una *antinomia*.

Es por ello que para una mejor comprensión del alcance de la regla contenida en el actual texto del párrafo del artículo 39 se debe tener en cuenta lo siguiente:

i) que en materia de contratación en el sector de los servicios públicos domiciliarios, la ley 689 tan sólo se ocupó de hacer algunos ajustes al texto del artículo 31 de la ley 142, con el propósito de imprimirle mayor claridad, para señalar que por regla general los contratos que celebren los prestadores de servicios públicos de carácter estatal no están sometidos al Estatuto de Contratación Estatal;

ii) que dichos ajustes quisieron subrayar la regla de aplicación del derecho privado como garantía de la libre competencia;

iii) que los únicos eventos que conforme a la ley 689 se quisieron someter al estatuto de contratación estatal fueron exclusivamente los previstos en el párrafo del artículo 31, esto es, i) los contratos que celebren entidades territoriales con ESP con el objeto de que estas asuman la prestación de uno o varios servicios y ii) o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación;

iii) que el artículo 30 de la Ley 142 al consignar los principios de interpretación específicos de esa Ley, dispuso que las normas que ésta (con sus modificaciones claro está) contiene sobre contratos, se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar (arts. 1 a 13) -dentro de los que destaca la libertad de entrada (art. 10) y la libre elección del prestador (art. 9.2)- *“en la forma que mejor garantice la libre competencia”*;

iv) que es evidente que la referencia al *“párrafo del artículo 39”* que hace el artículo 4 de la ley 689, configura un simple yerro mecanográfico, puesto que al leerlo armónicamente con el otro texto modificado (el artículo 31), es evidente que la alusión debe entenderse hecha al *“párrafo del artículo 31”*, en cuanto éste somete dos nuevos eventos a las normas del estatuto general de contratación de la administración pública.

Por otra parte, cabe señalar que por virtud de la autorización de inclusión de cláusulas excepcionales, se aplica parcialmente la ley 80 en todo lo relativo a tales cláusulas extraordinarias, lo cual impone al contrato en estos eventos un régimen de derecho mixto (inciso segundo del artículo 31 de la ley 142, modificado por el artículo 3º de la ley 689).

Por eso, sin duda, como una aproximación meramente gramatical al nuevo párrafo del artículo 39 de la ley 142 no resulta procedente, se impone así la hermenéutica propuesta: que el artículo 4 de la ley 689 al modificar el párrafo del artículo 39 de la ley 142 quiso regular con el estatuto de contratación de la administración pública a los contratos de que trata *“el párrafo del artículo 31”* y no a aquellos de que trata *“el párrafo de artículo 39”*.

Esta lectura no sólo guarda sentido con los cambios introducidos por la ley 689 al artículo 31 *eiusdem*, esto es a partir de una **lectura sistemática** de la nueva legislación, sino que además se aviene con los principios hermenéuticos

singulares del régimen legal de los servicios públicos previstos en los arts. 13 y 30 de la ley 142 (criterio de **especialidad**) y dota de **efecto útil** a la enmienda introducida en el año 2001, como que incluye una nueva excepción a la remisión al derecho privado.

A la misma conclusión se arriba recurriendo al **criterio histórico**, a partir de la consulta de los antecedentes de la Ley 689. De ellos se desprende que esta reforma legal no tenía por propósito sustraer del derecho privado los contratos especiales de gestión de que trata el numeral 39.3.

La reforma de 2001, en este punto, tuvo el limitado alcance de intentar aclarar la confusa redacción entonces vigente del artículo 31 de la ley 142, al disponer de forma nítida que los contratos que celebren las entidades estatales prestadoras de servicios públicos no están sometidos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, eliminando así la confusa referencia al párrafo 1º del artículo 32 de la ley 80. Igual propósito tuvo al omitir la ambivalente fórmula de someter a este régimen sólo a aquellos contratos *“que tengan por objeto la prestación de esos servicios”*.

En efecto, al acudir a la historia fidedigna del establecimiento de este precepto (*voluntas legis*), se confirma lo arriba expuesto, esto es, que el legislador sólo pretendía modificar de fondo el artículo 31. En la ponencia para segundo debate en Cámara a los Proyectos de ley Nos. 038 de 1998, 65 de 1998 y 81 de 1998-Cámara, acumulados, el informe señaló escuetamente en materia de contratos:

“14. Régimen de contratación de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios.

“A pesar de que el artículo 31 de la ley 142 de 1994 prevé que el régimen de contratación de las ESP relativo al desarrollo de su objeto social se le aplican las normas de derecho privado, su redacción por vía de remisión indirecta a un párrafo [el primero del artículo 32] de la ley 80, ha llevado a que se produzcan confusiones por parte del intérprete. En tal virtud, se recomienda una redacción más clara y directa que no lleva a ninguna suerte de equívocos.

“De otro lado, se adiciona un párrafo concerniente a los entes territoriales que tengan por objeto la asunción por parte de los prestadores o para la sustitución de aquellos que entren en causal de disolución o de liquidación, hipótesis únicas en las cuales se habrán de someter a las normas del Estatuto de Contratación de la Administración Pública. Ello para que en estos casos taxativamente enunciados,

siempre deba realizarse por el camino de la licitación pública.”¹⁵ (se subraya)

En sentido idéntico, en la ponencia para primer debate en el Senado, a los Proyectos de ley Nos. 038 de 1998, 65 de 1998 y 81 de 1998-Cámara y No. 234 de 2000-Senado se indicó:

“Régimen de contratación de las entidades estatales prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

“En cuanto al régimen de contratación, se da claridad definitiva acerca del sometimiento de las entidades estatales prestadoras de servicios públicos domiciliarios al derecho privado, para todos los procedimientos de selección y escogencia de sus contratistas o proveedores. Esto, por cuanto hasta la fecha se han venido presentando conflictos en materia de aplicación de las normas, quedando en desventaja comparativa los operadores públicos con los privados en lo que hace al giro ordinario de sus actividades en sus relaciones con terceros. De esta manera, se pretende imprimirle un sello de dinamismo y eficiencia [a] las empresas estatales con el ánimo de que puedan participar en el mercado en las mismas condiciones que los operadores privados.

“Se mantiene, sin embargo, la facultad de las comisiones de regulación de hacer obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes para algunos contratos. La razón de ser de esta facultad radica en que si bien los procesos de contratación no se rigen por la ley 80 de 1993, sí existen algunos contratos que por la naturaleza de su objeto al ser incumplidos por el contratista podrían llegar a generar consecuencias nefastas para la prestación eficiente y continua de los servicios públicos. Por esta razón, se mantiene esta competencia.

“Igualmente se deja claridad que en caso que los entes territoriales requieran contratar con una empresa de servicios públicos domiciliarios para que asuma la prestación de un servicio que aquel venía prestando o para que sustituya a otra que entre en causal de liquidación o disolución, siempre se hará con sujeción a la ley 80 de 1993, a través del procedimiento de licitación pública”.¹⁶ (destaca la Sala)

Nótese que tanto en la discusión en Cámara, como en el debate en Senado, los antecedentes de la ley 689 revelan inequívocamente el sentido restringido y limitado de la enmienda a la ley 142, dejando de lado la modificación sustantiva del régimen jurídico aplicable a los contratos especiales de que trata el artículo 39.

¹⁵ GACETA DEL CONGRESO No. 538, Año VIII, viernes 10 de diciembre de 1999, p. 3.

¹⁶ GACETA DEL CONGRESO No. 186, Año VIII, viernes 2 de junio de 2000, p. 9.

Ahora, en los diversos articulados aprobados en los sucesivos debates tanto en Comisiones VI como en Plenarias de una y otra Cámaras, invariablemente **aparece la referencia correcta al “parágrafo del artículo 31”** y no al “parágrafo del artículo 39”:

i) En el texto aprobado en primer debate en Cámara (Gaceta del Congreso No. 174 de 22 junio de 1999, p. 7) y en su texto definitivo aprobado en primer debate por la Comisión VI (Gaceta del Congreso No. 431, 11 de noviembre de 1999, p. 5);

ii) En el pliego de modificaciones presentado con la ponencia para segundo debate en la Plenaria de la Cámara (Gaceta del Congreso No. 538 de 10 de diciembre de 1999, p. 4);

iii) En el texto definitivo aprobado por la plenaria de la Cámara de Representantes (Gaceta del Congreso No. 09 de 3 de febrero de 2000, p. 2);

iv) En el texto propuesto en la Ponencia para primer debate de Senado (Gaceta del Congreso No. 186, de 2 de junio de 2000, p. 14);

v) En el texto propuesto en la ponencia para segundo debate de Senado (Gaceta del Congreso No. 208, 14 de junio de 2000, p. 23);

vi) Finalmente, en el acta de conciliación de la Comisión Accidental de conciliación del proyecto de ley no. 038 de 1998, 65 de 1998 y 81 de 1998 Cámara y número 234 Senado contentiva del texto definitivo no hizo referencia al artículo que se comenta, dado que no había discrepancias entre los textos aprobados por Senado y Cámara (Gaceta del Congreso No. 259 de 14 de julio de 2000 p. 57).

El *lapsus* anotado, vale decir la incorrecta remisión al “*parágrafo del artículo 39*” y no al “*parágrafo del artículo 31*”, como se hizo atinadamente a lo largo de las distintas etapas del proceso legislativo, vino a aparecer en el texto que remitió el Señor Presidente de la República con las objeciones de inconstitucionalidad al mismo formuladas y publicadas en la Gaceta del Congreso No. 321 de 14 de agosto de 2000 p. 12 (en las que por lo demás no se objetaban los artículos 3 y 4 que ocupan la atención de la Sala).

Finalmente, el yerro fue reproducido en el texto reintegrado y rehecho en la Cámara de origen dando cumplimiento al fallo de constitucionalidad C 087 de 2001 sobre las objeciones presidenciales (Gaceta del Congreso No. 314 de 20 de junio de 2001 p. 61), lo mismo que en el informe de la comisión accidental en el Senado en orden a reintegrar y rehacer las disposiciones del proyecto de ley en términos concordantes con el dictamen de la Corte Constitucional (Gaceta del Congreso No. 331 de 9 de julio de 2001, p. 21), al igual que en la publicación de la ley sancionada en el Diario Oficial No. 44537 de 31 de agosto de 2001 y en la Gaceta del Congreso No. 437 de 5 de septiembre de 2001¹⁷.

En definitiva, las reglas en materia de contratación tan sólo fueron modificadas de fondo por la ley 689 en cuanto hace al artículo 31, mientras que en relación con el párrafo del artículo 39 de la ley 142 lo que quiso la ley 689 fue armonizarlo con las excepciones al derecho privado introducidas por el párrafo modificatorio del artículo 31 de la ley 142 (art. 3 de la ley 689) y por lo tanto hacer referencia explícita al mismo, sin embargo equivocadamente se terminó por aludir al párrafo del artículo 39, como ya se explicó.

En tales condiciones se tiene que en principio el régimen de contratación aplicable a las modalidades negociales a que hace referencia el numeral 39.3 del artículo 39 de la ley 142 es de derecho privado.

Con todo, lo anterior no significa que el régimen aplicable a los citados contratos especiales para la gestión de los servicios públicos domiciliarios previstos en el numeral 39.3 del artículo 39 de la ley 142 se rijan exclusivamente por el principio de la autonomía negocial dominante en el derecho privado.

Dentro de las normas exceptivas a la regla remisoría al derecho privado en materia de contratación en servicios públicos domiciliarios, el citado párrafo del artículo 31 de la ley 142 (modificado por el artículo 3º de la ley 689) prescribe que los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos para que estas asuman la prestación o para que éstas sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación (incluidos los previstos en el numeral 39.3 del artículo 39 de la ley 142), se regirán para todos

¹⁷ Vid. GACETA DEL CONGRESO No. 432 p. 24 (estudio objeciones Cámara), No. 1 de 2001, p. 12 y ss (estudio de objeciones Senado) y CORTE CONSTITUCIONAL Sentencias C 087 de 2001 y C 706 de 2001.

los efectos por el Estatuto General de la Contratación Pública y la selección siempre debe realizarse mediante licitación pública (art. 1.3.2.2 de la Resolución CRA 151 de 2001, modificado por el artículo 1º de la Resolución CRA 242 de 2003).

Conclusión que viene de armonizar el párrafo del artículo 31 con lo dispuesto por el numeral 39.3 del artículo 39 ambos de la ley 142, el último de los cuales prevé dentro de los contratos especiales, aquellos *“para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos”*.

Sobre la base de las consideraciones anteriormente expuestas se precisa concluir que, cuando una entidad territorial celebre un contrato de operación de los que trata el artículo 39.3 tantas veces citado, el régimen jurídico aplicable será el del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

4. Estudio de las imputaciones formuladas en la demanda

Acomete la Sala el análisis, con base en el marco conceptual sentado y a partir de lo acreditado en el plenario, de las imputaciones formuladas en el escrito de demanda popular.

Las múltiples imputaciones formuladas por el actor popular contra el contrato celebrado serán abordadas esquemáticamente, así:

4.1 Simulación de un contrato de arrendamiento cuando se estaba en realidad celebrando una concesión para omitir el cumplimiento de la ley 80:

Como ya se indicó, el régimen jurídico aplicable a estos contratos y determinado que la ley autorizó tanto la celebración de gestión u operación, como de “concesiones” o de otros que la autonomía de las partes defina -como es el arrendamiento (el cual está previsto como una modalidad posible por el artículo 1.3.4.9 de la Resolución CRA 151 de 2001)- todos ellos sobre la infraestructura de los bienes afectos al servicio.

En desarrollo de lo dispuesto por el artículo 365 Constitucional, el numeral 5.1 del artículo 5 de la ley 142, en consonancia con los artículos 3.1 y 3.5 de la ley 136 de 1994 y el artículo 4 del decreto 1713 de 2002, dispone que es competencia del municipio -como entidad fundamental de la división política-administrativa del Estado (art. 311 Superior)- asegurar la prestación a sus habitantes, de manera eficiente, de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y telefonía pública básica conmutada, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio en los casos previstos en el artículo 6 de la misma ley.

Ahora, el numeral 39.3 del artículo 39 de la ley 142 autoriza a celebrar contratos tendientes a garantizar la prestación eficiente del servicio de acueducto y hay libertad de configuración para que se defina el esquema que se considere más conveniente para la gestión de los mismos. Sin embargo, la decisión de elegir cuál es la modalidad contractual más apropiada para asegurar la prestación del servicio debe hacerse previo un estudio de conveniencia por parte del municipio por ser la entidad sobre la que pesa la responsabilidad primaria de ese deber, aunque teniendo en cuenta que dicho deber es atenuado o relativizado según las condiciones económicas del país¹⁸, o lo que es igual: *“está condicionado por las circunstancias económicas y administrativas necesarias para cumplirlo”*.¹⁹

Con esta perspectiva, desde 1998 el Ministerio de Medio Ambiente ha venido liderando el *Programa de modernización empresarial*, mediante la estructuración de procesos de entrada de operadores especializados, la cofinanciación y la asistencia técnica a los municipios. Esta política sectorial con algunos ajustes está consignada fundamentalmente tanto en el anterior Plan de Desarrollo (ley 812 de 2003) como en el actual (ley 1151 de 2007, arts. 99 y ss.) y en el documento CONPES 3463 de 2007²⁰, el cual contiene la estrategia principal de los *Planes departamentales de agua y saneamiento*, que busca identificar esquemas regionales de prestación de los servicios para aprovechamiento de economías de

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 566 de 1995.

¹⁹ PALACIOS MEJÍA, El derecho...op. cit. p. 191.

²⁰ Disponible en www.dnp.gov.co . También pueden consultarse otros documentos CONPES: 3393 de 2005, 3430 de 2006, 3431 de 2006.

escala en la administración, operación e inversiones, así como una óptima utilización del recurso hídrico.

Reestructuración o mejoramiento del sector de acueducto y saneamiento fundada en un proceso abierto y competitivo, que debe garantizar la concurrencia de oferentes (**competencia por el mercado**) que bajo un contrato de gestión o administración busca la vinculación de nuevos operadores especializados, que se comprometen contractualmente a ampliar la cobertura y a mejorar la calidad del servicio bajo cláusulas que adoptan exigentes metas de gestión. Al efecto la política sectorial supone también la articulación de recursos destinados al sector de agua potable y saneamiento básico.

Sin embargo se reitera que por virtud del principio constitucional y legal de **libertad de entrada**, no se precisa habilitación legal ni se requiere de contratos de concesión (art. 1.3.1.7 Resolución CRA 151 de 2001) para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, salvo cuando por motivos de interés social y con el propósito de extender la cobertura se establezcan, mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivo en las cuales puede acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los servicios en la misma área durante un tiempo determinado, previa definición de los niveles de calidad que debe asegurar el contratista (arts. 40 y 174 de la ley 142, art. 9 ley 632, art. 6 decreto 891 de 2002 y Resolución CRA 151 de 2001, sección 1.3.7).

Si bien la nomenclatura utilizada en el numeral 39.3 del artículo 39 de la ley 142, cuando al prever dentro de los contratos especiales para la gestión de los servicios públicos, se refiere a “*concesiones o similares*”, tal redacción no debe llevar al equívoco de pensar que, como en la teoría clásica de los servicios públicos, dichos contratos suponen un monopolio o la negación de la libertad de entrada.

En efecto, la norma tan sólo autoriza a las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar servicios públicos, “o *concesiones o similares*”; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos.

Se trata, pues, de la entrega o “concesión” tan sólo de los bienes afectos al servicio y no de la atribución de prestar los servicios, la cual continúa abierta a la

libertad de entrada de otros competidores. En otros términos, no es factible entender que se está otorgando en concesión la prestación del servicio público, sino la infraestructura que el municipio tenía afecta a la prestación del servicio, lo cual significa que cualquier otro operador puede lícitamente prestar el servicio en la misma área.

Hoy, entonces, las múltiples modalidades de “concesiones” previstas en la norma, distan mucho de la figura contractual que sirvió de instrumento para materializar la concepción clásica de la teoría del servicio público, dominada –como ya se dijo– por los monopolios estatales. No hay, entonces, lugar a sostener que una vez se “concesiona” el servicio *ipso iure* se configura un monopolio, puesto que las modalidades negociales de que trata el artículo 39 de la ley 142 en modo alguno pueden significar la restricción de la entrada de empresas al sector: una lectura en ese sentido sería abiertamente inconstitucional.

En otros términos, estos contratos especiales para la gestión de los servicios públicos de que trata el numeral 39.3 del artículo 39 de la ley 142 (llámense “concesión”, “operación”, “gestión”, “tercerización”, “arrendamiento” o “administración de los bienes destinados a la prestación del servicio”, etc.) en los que un particular se obliga a realizar todas o algunas de las actividades asociadas en forma directa o indirecta con la prestación del servicio, no pueden convertirse en un instrumento de restricción de la entrada de empresas a la prestación del servicio de acueducto.

De este modo el municipio no se desprende definitivamente de la infraestructura, al tiempo que se garantiza el interés colectivo a la libre competencia. Por manera que el numeral 39.3 del artículo 39 no configura un instrumento de limitación de la competencia y el que los operadores celebren previamente un contrato de estos no configura un monopolio.

Ahora, en el sector de acueducto puede no resultar económicamente eficiente y por lo mismo inviable para un tercer operador entrar a un municipio donde ya exista otro²¹, merced a los elevados costos de las inversiones en infraestructura

²¹ Independientemente de si este último lo hace previa celebración de una “concesión” o algún tipo contractual similar.

necesarios para la distribución de agua potable para consumo humano²² incluida su conexión y medición, así como del conjunto de obras, equipos y materiales utilizados para las actividades complementarias de captación, procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte (art. 14.22 de la ley 142).

Esta situación de hecho es conocida usualmente bajo la denominación económica de “**monopolios naturales**” y su existencia misma es reconocida por la ley 142. En efecto, en su artículo 73 justamente al abordar la función reguladora, como expresión de la intervención del Estado en este mercado la ley 142 dispuso:

"Artículo 73. Funciones y facultades generales. Las Comisiones de Regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad (...)" (subrayas de la Sala)

Nótese cómo el precepto admite que la competencia puede no ser en ocasiones de hecho posible, o lo que es igual que la situación fáctica puede llevar a “monopolios naturales” que tornan imposible la competencia entre diferentes operadores.

En forma más categórica -y quizás más afortunada- lo había indicado la exposición de motivos a la ley 142 al explicar las funciones de las Comisiones de Regulación en los siguientes términos:

“La función reguladora no debe ser entendida como el ejercicio de un intervencionismo entorpecedor de la iniciativa empresarial. En su visión moderna, la regulación es una actividad estatal que fomenta la competencia en aquellas áreas donde existe y es factible; impide el abuso de posiciones de monopolio natural, donde esta es ineludible; desregula para eliminar barreras artificiales a la competencia y, finalmente, calibra las diversas áreas de un servicio para impedir

²² Los requisitos organolépticos, físicos, químicos y microbiológicos que debe reunir el agua para ser consumida por la población, sin producir efectos adversos a la salud, están previstos en Decreto 1575 de 2007, por el cual se establece el Sistema para la Protección y Control de la Calidad del Agua para Consumo Humano, que en su artículo 35 derogó expresamente el Decreto 475 de 1998 y el artículo 52 del Decreto 1594 de 1984, con excepción de lo referente al uso agrícola de aguas servidas.

prácticas discriminatorias o desleales para el competidor”²³). (se destaca)

Conviene observar que la regla excepcional contenida en el numeral 39.3 del artículo 39 de la ley 142, que autoriza a los municipios a entregar los bienes afectos al servicio a un operador, tiene como contrapartida la obligación de quienes prestan los servicios públicos de invertir en el mantenimiento y recuperación del bien público explotado a través de contratos en los que se transfiera la propiedad o el uso y goce de los bienes destinados a la prestación de los servicios públicos, o “concesiones o similares”, según lo establece el inciso 3º del artículo 25 de la ley 142.

De ahí la exigencia de una cuidadosa confección del contrato en cuanto al objeto, su duración, su financiación y en particular en cuanto hace a las obligaciones del operador, las cuales deben incluir metas precisas en cuanto a expansión en cobertura y mejoramiento de la calidad del servicio, determinación precisa de las inversiones y de las obras necesarias para el efecto, sin que baste la simple referencia a porcentajes generales no sujetos a verificación exacta.

Es de notar que aunque no existe un *numerus clausus* en punto de la tipología contractual en este sector económico, los artículos 31, 32 y 39 de la ley 142 están contruidos a partir del reconocimiento de la **libertad contractual**, que permita a las partes –sin sujeción a reglas rígidas- adoptar la modalidad negocial que mejor se ajuste a las circunstancias que rodean la prestación del servicio.

En todo caso, los prestadores de servicios públicos que sean beneficiarios de “concesiones” de esa infraestructura, dada su naturaleza singular -que afecta a un interés general y que está indisolublemente asociada con las finalidades sociales del Estado (arts. 1 y 365 CN)- tienen el deber de **invertir en el mantenimiento y recuperación del bien público explotado** según lo establece el inciso 3º del artículo 25 de la ley 142. Asunto relacionado directamente con la expansión física del servicio que impone inversiones en infraestructura, todo lo cual debe ser objeto de regulación en el respectivo contrato, puesto que dicha norma –como advierte

²³ GOBIERNO NACIONAL, Exposición de Motivos al proyecto de Ley 135 Senado en GACETA DEL CONGRESO N° 162 de 17 de noviembre de 1992, p. 21.

Palacios Mejía- “*procura crear dentro del sector una fuente interna de recursos para financiar los servicios públicos*”²⁴.

Descendiendo estas consideraciones al *sub lite* se tiene que la ley 142 autorizó la celebración de contratos especiales de gestión de los servicios públicos domiciliarios bajo un régimen de derecho privado, salvo lo dispuesto por el párrafo 1 del artículo 31, y éste caso se subsume en la excepción allí consignada, en tanto, el contrato de arrendamiento (que no de concesión) fue suscrito por el municipio, su régimen aplicable es la ley 80 de 1993.

No puede hablarse, pues, de que se esté “simulando” un arrendamiento, cuando se trata de una concesión en realidad, como asegura el actor popular, puesto que la figura jurídica celebrada está permitida por el ordenamiento jurídico. Adicionalmente, el material probatorio acreditó, como ya se vio, contrario a lo expuesto por el actor que, cuando menos en cuanto hace al proceso de selección se siguió lo dispuesto por el Estatuto de contratación en tanto se adelantó un proceso licitatorio.

Régimen que, como quedó establecido en el capítulo probatorio de este proveído, fue seguido en cuanto hace a la selección del contratista.

De consiguiente, si i) las partes pueden celebrar distintas modalidades de “concesión” de los bienes afectos al servicio y si ii) en el *sub lite* se siguieron las previsiones de la ley 80 en cuanto refiere al proceso de selección, la imputación del actor no está llamada a prosperar.

4.2 Se pide resarcir los perjuicios materiales y morales ocasionados con la celebración del contrato

Los demandantes en la pretensión segunda solicitaron “resarcir material y moralmente” los daños ya causados con la celebración del contrato de arrendamiento con inversión.

²⁴ PALACIOS MEJÍA, El derecho...op. cit. p. 174

La Sala tiene determinado que por regla general la acción popular no es un instituto procesal diseñado constitucional y legalmente para la definición de pretensiones de carácter indemnizatorio²⁵

En efecto, la Ley 472 de 1998 sólo prevé que el juez de las acciones populares condene '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' –artículo 34-, dicha indemnización es para reparar el daño que se causó de manera directa al derecho colectivo y no para reparar los daños que mediatamente se causaron a los derechos individuales de los miembros de la comunidad afectada.²⁶

En consecuencia, es claro que esta pretensión de resarcir material y moralmente los daños ya causados con la celebración del contrato de arrendamiento con inversión resulta improcedente en sede popular. La acción popular sólo excepcionalmente tiene un carácter indemnizatorio y la situación exceptiva que prevé el artículo 34 de la ley 142, esto es, a favor de la entidad pública no culpable que tenga a su cargo el derecho colectivo, no se reúne evidentemente en este supuesto, razón por la cual esta pretensión no tiene vocación de prosperidad.

4.3 Falta de capacidad por parte de quien suscribió el contrato. El proceso licitatorio se adelantó a pesar de que la ESP vino tan solo a constituirse una vez adjudicado el contrato

En el escrito de demanda, el actor popular reprocha que a la fecha de la licitación, la empresa de servicios públicos domiciliarios accionada no estaba constituida por lo que *“se permitió licitar a una sociedad inexistente para la fecha, se aceptó como experiencia aquella dada por un particular y no por la empresa, la cual fue*

²⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sentencia de 26 de enero de 2006, Radicación número: AP-54001-23-31-000-2002-01944-01, Actor: Corporación Colombia Transparente O.N.G., Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y otros, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, Sentencia de abril 16 de 2007, Rad. 47001 23 31 000 2004 01242 01, Actor: Hubert Segundo Ramírez Pineda, Demandado: Distrito de Santa Marta, C. P. Ramiro Saavedra Becerra

²⁶ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia de septiembre 20 de 2001, Exp. AP-00182, C.P. Alier Hernández. En el mismo sentido Sentencia de enero 26 de 2006, Exp. AP-0057 y Sentencia de mayo 17 de 2007, Rad. 05001 23 31 000 2005 07442 01, Actor: Vanessa Corella Ortiz., Demandado: Municipio de Medellín, C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

constituida apenas unos días antes de la suscripción del contrato y mucho después de la licitación”.

En el contexto del cargo, es menester recordar que la capacidad puede revestir dos formas: i) capacidad jurídica o de goce: que hace referencia a la idoneidad que tienen todas las personas para ser titulares de derechos. Es un atributo propio de las personas (Art.14 de la C. P.), pues todas la tienen por el sólo hecho de serlo; y ii) capacidad de ejercicio o de obrar, que se refiere a la aptitud de ejercer por sí mismo sus derechos sin requerir de la autorización de otra persona, y no es atributo propio de la persona, porque hay personas que son incapaces, es decir, sujetos que no pueden ejercer sus derechos por sí mismos.

Por lo tanto, la capacidad legal que interesa para el estudio del cargo es la segunda, la **capacidad para contratar**, esto es, aquella que consiste en la aptitud jurídica para poderse obligar válidamente una persona por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra, de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Vista en forma breve la anterior noción, para la Sala el cargo plantea el estudio de dos problemas jurídicos a saber: por una parte, si la figura de la sociedad proyecto o promesa de asociación futura es válida para el caso de la concesión de construcción pública por iniciativa oficial e incluso para concesiones diferentes a ésta o, por el contrario, sólo se limita al evento que regula el parágrafo 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; y por otra parte, si constituye una violación a los derechos colectivos a la moralidad pública y a la defensa del patrimonio público utilizar esa figura para participar en un proceso de selección y luego celebrar un contrato cuyo objeto sea diferente al contrato de concesión de obra pública por iniciativa del particular, cuando quiera que la respuesta al primer interrogante arroje que ella sólo aplica para este último evento.

En relación con el primero, considera la Sala que el parágrafo 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sólo debe ser aplicado para el caso que ella expresamente regula, esto es, exclusivamente para la hipótesis en la cual el proceso de selección y el futuro contrato sea de aquellos que versen sobre contratos de concesión para la construcción de obra pública por iniciativa o a solicitud de un particular interesado.

En efecto, cabe precisar que el artículo 6 de la Ley 80 de 1993, señaló que tienen capacidad para celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces -entiéndase naturales o jurídicas- en las disposiciones vigentes, aptitud de obligarse válidamente con las entidades estatales que también reconoció a los consorcios y uniones temporales.

Los consorcios o uniones temporales son mecanismos de cooperación entre empresas, que se instrumentan a través de un negocio jurídico de colaboración (contratos de colaboración armónica), en virtud del cual dos o más personas naturales o jurídicas se vinculan transitoriamente y sin ánimo de asociarse, para realizar determinadas labores o prestar ciertos servicios en el tráfico jurídico comercial, sin que se constituya una persona jurídica diferente a ellas.

A propósito de esta consagración legal en la Exposición de Motivos del proyecto que dio lugar a la expedición de la Ley 80 de 1993, se advirtió:

“...Sobre este aspecto, es importante resaltar que el citado artículo 6° confiere capacidad legal para contratar a los consorcios y uniones temporales, figuras que se definen en el artículo 7°. Sin duda, el fenómeno de la especialidad cada día va adquiriendo mayor preponderancia en el mundo de los negocios y del comercio. La mayor eficiencia y la menor ineficacia como condiciones de la implantación dentro del comercio de la llamada "ventaja comparativa", ha provocado la aludida especialidad. En razón a ello, cada vez se hace más necesaria la unión de dos o más personas con el fin de hacer factible la prestación de un servicio, la ejecución de una obra, etc., brindando cada uno mayor calidad y eficiencia en razón de su especialidad, y evitando así los mayores costos y efectos negativos que puedan derivarse de la realización aislada y particular de actividades respecto de las cuales no se es el más apto. Ahora bien, esa realidad no puede ser desconocida por el ordenamiento jurídico; por el contrario, debe reconocérsele...”²⁷

Así, en el ámbito de la contratación estatal, los artículos 6 y 7 de la Ley 80 de 1993, regularon los consorcios y uniones temporales para otorgarles una capacidad jurídica enderezada a la presentación conjunta por dos o más personas de una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato estatal, sea bajo la primera figura del consorcio respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta

²⁷ Cfr. BENDECK OLIVELLA, Jorge, Ministro de obras Públicas, exposición de motivos al Proyecto de ley No. 149 Senado de 1992, en GACETA DEL CONGRESO, Año I, No. 75, 23 de septiembre de 1992.

y del contrato, en cuyo evento las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman; o al amparo de la segunda, en unión temporal, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se les impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

Por eso, el párrafo 1 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 prevé:

“PARÁGRAFO 1o. Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.

Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad. (...)”

De ahí que, estas modalidades de colaboración empresarial para la ejecución de contratos, cimentada en la autonomía privada y negocial de las personas naturales o jurídicas que lo conforman, para aunar la capacidad técnica y financiera de las mismas con el fin de competir en mejores condiciones en el mercado de bienes y servicios, tienen un objeto específico determinado por la presentación de la propuesta y el proceso de selección y, en el evento de resultar favorecido con la adjudicación del contrato, por la ejecución del mismo y su liquidación.

Igualmente, la Ley 80 de 1993 contempló otras dos formas de participar en los procesos de selección contractual: las sociedades de objeto único y la promesa de sociedad. En efecto, en el párrafo tercero del artículo 6 *ibídem*, indicó:

“PARÁGRAFO 3º. En los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirán por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios.”

Es decir, es viable que los interesados en participar en un proceso de selección contractual, en vez de integrar un consorcio o unión temporal, constituyan una sociedad en cualquiera de las modalidades previstas en la ley, con el exclusivo

objeto de presentarse al respectivo proceso y en el caso de verse favorecidos con la adjudicación del contrato para ejecutarlo; sin embargo, la responsabilidad de los socios frente a la entidad pública licitante o contratante, sin que interese el tipo societario que se haya elegido, será la misma que la establecida para los consorcios, es decir, que responderán en forma solidaria por todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato.

Otra forma y que es la que merece atención para la Sala, es aquella denominada promesa de sociedad o de asociación futura, que la Ley 80 de 1993 estableció dentro del régimen jurídico de la concesión en el párrafo segundo de su artículo 32, en los siguientes términos:

“...PARÁGRAFO 2º- Las personas interesadas en celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública, podrán presentar oferta en tal sentido a la respectiva entidad estatal en la que se incluirá, como mínimo, la descripción de la obra, su prefactibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental. Presentada la oferta, la entidad estatal destinataria de la misma la estudiará en el término máximo de tres (3) meses y si encuentra que el proyecto no es viable así se lo comunicará por escrito al interesado. En caso contrario, expedirá una resolución mediante la cual ordenará la apertura de la licitación, previo cumplimiento de lo previsto en los numerales 2º y 3º del artículo 30 de esta ley.

Cuando además de la propuesta del oferente inicial, se presente como mínimo una propuesta alternativa, la entidad estatal dará cumplimiento al procedimiento de selección objetiva previsto en el citado artículo 30.

Si dentro del plazo de la licitación no se presenta otra propuesta, la entidad estatal adjudicará el contrato al oferente inicial en el término señalado en el respectivo pliego, siempre que cumpla plenamente con los requisitos exigidos en el mismo.

Los proponentes podrán presentar diversas posibilidades de asociación con otra u otras personas naturales o jurídicas cuyo concurso consideren indispensable para la cabal ejecución del contrato de concesión en sus diferentes aspectos. Para el efecto, indicarán con precisión si pretenden organizarse como consorcio, unión temporal, sociedad o bajo cualquier otra modalidad de asociación que consideren conveniente. En estos casos deberán adjuntar a la propuesta un documento en el que los interesados expresen claramente su intención de formar parte de la asociación propuesta. Así mismo deberán presentar los documentos que acrediten los requisitos exigidos por la entidad estatal en el pliego de condiciones.

Cuando se proponga constituir sociedades para los fines indicados en este párrafo, el documento de intención consistirá en una

promesa de contrato de sociedad cuyo perfeccionamiento se sujetará a la condición de que el contrato se le adjudique. Una vez expedida la resolución de adjudicación y constituida en legal forma la sociedad de que se trate, el contrato de concesión se celebrará con su representante legal..." (subraya la Sala)

La modalidad de concesión consagrada en la anterior disposición hace referencia a aquella de construcción de obra pública por iniciativa de un particular interesado, quien es el que propone su contratación, lo cual constituye una regla de excepción, pues, de ordinario es la entidad estatal la que tiene dicha iniciativa.

De manera que el párrafo 2o transcrito del artículo 32 contempla, en los contratos de concesión para la construcción de una obra pública a iniciativa particular, la posibilidad de que los proponentes presenten diversas formas de asociación con otra u otras personas naturales o jurídicas, como consorcio, unión temporal o sociedad.

Y es en la última hipótesis -sociedad- en la que puede presentarse la promesa de asociación futura, quedando los participantes bajo esa modalidad en el proceso de licitación sometidos a la condición de la adjudicación para efectos de constituir la sociedad con todos los requisitos exigidos por la ley, con el fin de que una vez creada ésta se proceda con ella a la celebración del contrato y a la ejecución de la concesión de la que hayan resultado favorecidos. Para aceptar esta forma de participación, basta tan sólo, según la norma, que los interesados presenten con la propuesta un documento contentivo de la promesa de contrato de sociedad, esto es, en el que los interesados manifiesten su intención de formar parte de la asociación propuesta, para la ejecución del contrato de concesión de obra pública licitado.

En el caso de la promesa de sociedad y durante su participación en el proceso de selección, es clara la existencia de la responsabilidad solidaria de quienes se presenten bajo esta modalidad en el proceso de selección frente al incumplimiento de las obligaciones emanadas de la propuesta y los actos de incumplimiento de la promesa de la sociedad (art. 119 del C.Co.)²⁸.

²⁸ "Los promitentes responderán solidaria e ilimitadamente de las operaciones que celebre o ejecuten en desarrollo de los negocios de la sociedad prometida, antes de su constitución, cualquiera que sea la forma que se pacte para ella."

Ahora bien, para la Sala el párrafo segundo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que consagra la figura de promesa de sociedad futura para participar en procesos de selección cuando es el particular el que acude a presentar propuesta de concesión de construcción de obra pública, no es posible que sea interpretado o aplicado con carácter extensivo²⁹, como quiera que corresponde a un asunto que atañe con la capacidad jurídica particular o de ejercicio en la contratación con entidades estatales o si se prefiere legitimación para obrar y hacerse parte en un proceso de contratación del Estado, lo cual requiere de autorización expresa de la ley y no admite habilitación por vía reglamentaria o de los pliegos de condiciones, o en virtud de acuerdos producto de la autonomía privada.

En el evento en que al amparo de la figura de promesa de sociedad futura se llegare a permitir la participación en procesos de selección cuyo objeto sea la adjudicación de un contrato de modalidad diferente a la establecida en la citada norma legal de habilitación, habrá de entenderse que la modalidad de participación será la del consorcio, siempre que se reúnan lo requisitos previstos para éste en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993.

De acuerdo con lo expuesto, concluye la Sala que la presentación de ofertas por personas que prometen constituir una sociedad fue prevista específica y únicamente, para los procesos de selección que se inician a solicitud de los particulares con el objeto de construir una obra pública por concesión, razón por la cual no es viable jurídicamente su utilización para las demás clases de concesiones o incluso para otros contratos, toda vez que la ley no la ha previsto expresamente para casos diferentes al que ha sido explicado.

De otra parte, en relación con el segundo problema jurídico, la Sala considera que si bien en el caso concreto se permitió licitar bajo la modalidad de promesa de asociación futura para un contrato cuyo objeto es de arrendamiento y, por ende, a todas luces diferente al contemplado en el párrafo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, dicha irregularidad o ilegalidad, no implica *per se* una violación a los

²⁹ Recuérdese que el artículo 27 del Código Civil, indica que cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu; y que al tenor del artículo 31 lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación, por lo que la extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según la regla de interpretación precedente.

derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público.

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

Así las cosas, repárese que en el escrito de la demanda el actor popular simplemente reprocha que se permitió la participación de una sociedad inexistente para la fecha y se aceptó como experiencia aquella dada por un particular y no por la empresa, la cual fue constituida apenas unos días antes de la suscripción del contrato y mucho después de la licitación, pero sucede que esa acusación está desprovista de alguna asociación con el derecho colectivo de la moralidad administrativa, en tanto no se observa ni en las imputaciones realizadas por el actor ni en la prueba que obra en el proceso situaciones que permitan predicar la mala fe o el ánimo dañino al servicio y desviado de los fines generales de la función administrativa, o corrupción o deshonestidad por parte de la Administración.

Tampoco se trata de una ilegalidad grotesca o protuberante; más se asemeja a un error en la aplicación del derecho por parte de la Administración al interpretar la norma cuyo alcance ha sido explicado por la Sala y cuyas consecuencias podrían comprometer aspectos legales de la contratación o del contrato, pero no el derecho colectivo invocado por el actor. Se reitera no todo error en la aplicación del derecho en que incurran los agentes del Estado, necesariamente comporta una conducta inmoral y menos aún en un asunto que, como el analizado, en la doctrina encuentra voces que entienden en forma similar el precepto en el que se

basó la entidad pública para autorizar la participación a través de la modalidad de promesa de asociación futura.

Igualmente, tampoco se observa por este hecho una amenaza o vulneración al patrimonio público, como quiera que no existe afirmación o prueba en el plenario de que con esta conducta se comprometa el erario y que, entonces, amerite el estudio de la Sala frente a ese derecho colectivo.

Por lo expuesto, los argumentos del actor no están llamados a prosperar para la adopción de alguna decisión en relación con la censura estudiada.

4.4 Ausencia de estudios de prefactibilidad

En la demanda se afirma que el proceso de selección previo a la celebración del contrato de arrendamiento con inversión no estuvo precedido por los respectivos estudios de prefactibilidad.

Dentro de los principios capitales que de antaño han informado la actividad contractual del Estado³⁰, ocupa especial lugar el de economía, una de cuyas manifestaciones es la **planeación**³¹. Por virtud de ésta la entidad estatal contratante está en el deber legal (ley 80 de 1993 numerales 7, 12, 25 y 26 del artículo 25, e inciso segundo del numeral 1º del artículo 30) de elaborar, antes de emprender el proceso de selección del contratista, los estudios completos y análisis serios que el proyecto demande, los cuales inciden en la etapa de formación del contrato y en forma –si se quiere más significativa- en su etapa de **ejecución**³². Reglas que imponen, según lo indicado la jurisprudencia, que:

“...no se puede licitar ni contratar la ejecución de una obra sin que previamente se hayan elaborado los planos, proyectos y presupuesto respectivos, y determinado las demás especificaciones necesarias

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

³¹ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 3 de diciembre de 2007, Radicados: 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715) y otros –acumulados-, Actores: Carlos Orlando Velásquez Murcia y otros, Demandado: Nación- Presidencia de la República y otros, Ref.: Acción de nulidad en contra del Decreto 2170 de 30 de septiembre de 2002, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

³² Vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 29 de agosto de 2007, Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07894-01(15469), Actor: Mario Eduardo Rosasco Estupiñán, Demandado: Municipio De Tumaco, C. P. Mauricio Fajardo Gómez

para su identificación. Esta determinación previa de las condiciones sobre las cuales se va a desarrollar el contrato conlleva obligatoriamente que los estudios y demás especificaciones permitan a las partes llevar a feliz término el objeto del contrato, en cuyo desarrollo los interesados pueden adelantar la actividad correspondiente dentro de un marco de confiabilidad recíproca de los factores y condiciones que la Administración ofrece y las condiciones y resultados que con base en ellos el contratista asume...”³³

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

En una palabra, el proceso contractual deberá estar precedido de los estudios técnicos, financieros y jurídicos que se requieran en orden a determinar su viabilidad económica y técnica.³⁴

Evidentemente el principio de economía en cuya esencia está el **deber de planeación del contrato** también aplica al sector de los servicios públicos, cuando quiera que se pretendan celebrar contratos especiales de gestión de los servicios públicos domiciliarios, en tanto las finalidades sociales -ínsitas a esa prestación- subrayan ese deber de actuar con alto grado de eficiencia y eficacia en orden no sólo a proteger los recursos públicos fiscales representados en los bienes afectos al servicio, con sujeción estricta al orden jurídico, sino a garantizar

³³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992. En sentido similar ver CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 19 de junio de 1998, Exp.10.439.

³⁴ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 29 de agosto de 2007, Proceso número: 25000 23 26 000 9854 01, Radicación número: 14854, Actor: Hernán Duarte Esguerra, Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano- IDU, C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

una prestación eficiente con especial atención de las necesidades básicas insatisfechas de acueducto y saneamiento básico.

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

De los estudios aportados al plenario se tiene que no le asiste razón al actor en la medida en que el proceso licitatorio estuvo precedido de un completo estudio de viabilidad técnica, financiera, comercial y jurídica del servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado en el municipio de Puerto Tejada, elaborado por el ingeniero consultor Francisco Convers Guevara en febrero de 2004 y aportado en copia auténtica al proceso por el Jefe de la Unidad Jurídica del Municipio accionada en acato al decreto de prueba ordenada en esta instancia (fls. 444 y 794 a 860 c. ppal).

Por esta razón tampoco hay en este aspecto violación del deber de planeación que debe aplicarse también a este tipo de procesos de contratación, según lo expuesto en el capítulo 7 de la parte motiva de esta sentencia.

4.5 Cuestionamiento a la sustitución patronal

En el escrito de demanda se cuestiona el otro sí al contrato de arrendamiento con inversión donde aparece la figura de la sustitución patronal, pasa la Sala, pues, a estudiar esta figura y sus implicaciones en la celebración de contratos de gestión de los servicios públicos domiciliarios.

Como la relación de trabajo es individual, esto es entre personas y no respecto de las empresas, nuestra legislación sustantiva laboral prevista - de vieja data- previó la institución de la sustitución patronal, que busca garantizar la continuidad de patronos lo mismo que la solidaridad entre el antiguo y el nuevo empleador respecto del pago de las obligaciones a favor del trabajador. Se trata, pues, de una garantía a favor del empleado que impone reunir los siguientes requisitos para que se entienda que hay continuidad en la relación de trabajo: i) cambio de empleador; ii) continuidad de la empresa y iii) continuidad del trabajador en el servicio. Sobre este fenómeno jurídico se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 27 de agosto de 1973, 12 de junio de 1997 y 27 de mayo de 1999, siguiendo los criterios trazados de vieja data por el antiguo Tribunal Supremo del Trabajo:

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

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

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

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

‘La institución de la sustitución del patrono ha sido creada porque la relación de trabajo es individual, entre personas, y no real, entre el asalariado y la empresa; pues si fuese de esta última índole, no necesitaría la ley establecer expresamente esa continuidad de patronos y la solidaridad entre el antiguo y

el nuevo para el pago de las obligaciones a favor del trabajador...' (Gaceta del Trabajo, Tomo II, pág. 250).

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

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

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

'En el presente caso, si el actor continuó al servicio del demandado Bejarano, una vez terminado el contrato de arrendamiento de los señores Arango, no pudo ser sino en virtud de un nuevo contrato, toda vez que el mismo hecho de haber recibido las prestaciones relativas al tiempo anterior, y la propia manifestación que el actor hizo de haberse cancelado su contrato de trabajo, imponen esta forzosa conclusión...' (Gaceta del Trabajo, Tomo V, págs. 478 y 479)-³⁵

Estas exigencias por supuesto resultan aplicables a los contratos de gestión de los servicios públicos domiciliarios, por cuya virtud una empresa asume la prestación en lugar de otro operador. Por manera que para que se configure la sustitución

³⁵ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL, Sentencia de 18 de junio de 2004, Radicación No. 22859, M. P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

patronal, también se requiere que el trabajador continúe prestando efectivamente sus servicios al nuevo patrono.

No está de más subrayar que, acorde con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el reintegro no es jurídicamente posible de ejecutar, cuando quiera que una empresa desaparezca, y con ella, por ende, su planta de cargos.³⁶

Las consideraciones consignadas en este proveído en torno a la figura de la sustitución patronal, se cumplieron de manera integral con la suscripción del otrosí referido en el apartado probatorio, el nuevo operador asumió las prestaciones laborales que correspondían a los antiguos trabajadores, aunque a costa del municipio. Este tipo de acuerdos son usuales en contratos como el que se analiza en virtud de los cuales se busca estimular la participación de agentes nuevos y al efecto se estila que no asuman los compromisos –usualmente muy onerosos- en material laboral y prestacional del operador por sustituir. En consecuencia tampoco hay lugar a que prosperen las pretensiones.

4.7 El canon acordado no se compadece con el producido de la empresa.

En el contrato, como ya se indicó, se pactó un “canon” de 3 millones de pesos mensuales (cláusula 27), valor que –conforme el párrafo de la misma cláusula- será indexado anualmente teniendo en cuenta el IPC. Canon que fue reducido a la suma de 1 millón mensual, luego del otrosí pactado, conforme al cual a efecto de los compromisos económicos que se derivan de la sustitución patronal, la entidad autorizó el “descuento” de dos millones de pesos del canon pactado.

Ahora, alega el actor que la cifra pactada como canon de arrendamiento no se compadece con el valor de la infraestructura, ni con el potencial de usuarios, sin embargo la sola afirmación en ese sentido no constituye prueba de vulneración o amenaza de los derechos colectivos a la moralidad y el patrimonio público invocados.

En efecto, la Sala no tiene a este respecto elementos de juicio probatorios que le permitan determinar que lo pactado como canon de arrendamiento es un mucho o

³⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL, Sentencia de 19 de febrero de 2008, Radicación No. 30815, M. P. Camilo Tarquino Gallego.

poco, pues ello tiene que analizarse con el contenido obligacional acordado en el apartado IV del negocio jurídico *sub examine* (arts. 11 a 16).

Sin embargo, justamente del análisis de dichas cláusulas la Sala advierte que la amenaza al patrimonio público alegada por el actor proviene efectivamente de una falta de un compromiso contractual claro y preciso en cuanto a las metas de ampliación de cobertura, mejoramiento de la calidad y consecuenal expansión y mejoramiento del servicio.

Frente a la imputación de vulneración al interés colectivo a la moralidad administrativa, conviene indicar que la Sala ha precisado, en tesis que ha sido constantemente reiterada³⁷, 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 *ibidem*), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley.

La jurisprudencia de la Corporación ha ido precisando el concepto de moralidad administrativa, como derecho colectivo que puede ser defendido por cualquier persona, del cual se destacan estas características: *“a) es un principio que debe ser concretado en cada caso; b) al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar 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.”*³⁸

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

³⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, sentencia del 31 de octubre de 2002. Exp. No. AP-059; Exp. No. AP-166 y AP-170 de 2001.

³⁸ Sentencia proferida por la SECCIÓN TERCERA el 31 de octubre de 2002, Exp. AP-059. En el mismo sentido ver sentencias AP-166 y Ap-170 de 2001.

cuestionada encuentre en el ordenamiento jurídico, eliminando de esa forma cualquier consideración de carácter subjetivo en la inferencia que encuentre el juez en torno ó no de ese derecho³⁹:

En el *sub lite* el acervo probatorio recaudado no le permite establecer a la Sala la trasgresión a la moralidad administrativa pues no se demostró conducta inmoral endilgable a los accionados, que se enmarcar en un evento de violación o amenaza del derecho antes mencionado, toda vez que el sólo contenido obligacional acordado en el apartado IV de este contrato, no se colige una conducta lesiva capaz de generar un daño, peligro grave o amenaza de este derecho o interés colectivo, o configurativa de un comportamiento inmoral o falta de ética de un funcionario en el ejercicio de sus funciones.

En lo que concierne a la imputación referente a la vulneración del derecho colectivo al patrimonio público, es de destacar que este concepto no se agota en la enumeración de los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables ni en los que integran el territorio colombiano (arts. 63 y 101 C.P.), sino que *“por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones (...) que [le] sirven [al Estado] para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales”*.⁴⁰

Además, ha señalado 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”*⁴¹.

³⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, sentencia del 2 de junio de 2005. Exp. No. AP-720.

⁴⁰ Sentencia de la SECCIÓN CUARTA del 31 de mayo de 2002, exp: 25000-23-24-000-1999-9001-01.

⁴¹ 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

Frente a la violación de este derecho, la Sala encuentra que el comportamiento desplegado por los accionados en la celebración del contrato de operación se observa amenaza al patrimonio público, en tanto no obstante hacerse entrega de toda la infraestructura del servicio y de permitirse con ello el acceso a un mercado entero que entraña una suerte de *“monopolio natural”*, en los términos arriba expuestos, no se advierten compromisos claros, precisos y verificales en el negocio jurídico celebrado ni en los documentos que sirvieron de base al mismo como los pliegos de condiciones y la oferta presentada, en orden a ampliar la cobertura y a mejorar la calidad del servicio a la población de Puerto Tejada, en particular en cuanto hace al deber de invertir en el mantenimiento, recuperación y expansión del bien público explotado, tal y como se expuso en el apartado de pruebas.

Con fundamento en el análisis de las pruebas arriba expuesto, la Sala tiene bases suficiente para concluir que en este evento se configuró amenaza al derecho colectivo al patrimonio público, en cabeza de los demandados, toda vez que se demostró la anomalía anotada al quedar establecido en el plenario un comportamiento lesivo con ocasión de la celebración del negocio jurídico que entraña una amenaza cierta en relación con los bienes afectos a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, como que del contenido obligacional a cargo del operador arrendatario que los gestiona y administra, no se advierte un compromiso claro y preciso en punto de ampliación de la cobertura y mejoramiento de la calidad del servicio en el marco de la obligación constitucional, legal, reglamentaria y regulatoria de univervalizar la prestación del servicio (arts. 2.1, 2.2, 2.5, 11.1 y 25 de la ley 142).

Como ya se indicó en la sección de esta providencia dedicada al análisis probatorio, el compromiso de mejoramiento de índices contenido en el numeral 2.9 del pliego de condiciones no permite precisar cuáles serán las obras que se requieren para la expansión, optimización y reposición del sistema de acueducto y

vigente, con la diligencia y cuidados propios de un buen funcionario” (Cfr. Gaceta del Congreso No. 277 de septiembre 5 de 1995, pág. 1).

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

alcantarillado del municipio, ni –por contera- los mecanismos que permitan la efectiva verificación de los compromisos contractuales.

Conforme a lo anterior, habrá de revocarse la providencia recurrida en cuanto negó las pretensiones formuladas, frente a este derecho colectivo.

5. Del pago del incentivo

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

“(…)¿quién debe pagar el monto del incentivo decretado por el juez de la acción popular, tanto el del artículo 39, como del 40 de la ley 472 de 1998[?]. Sin lugar a dudas este monto debe pagarlo la persona que atentó o vulneró el correspondiente derecho o interés colectivo, pues, no sería lógico ni jurídico que en la perspectiva de proteger derechos e intereses vinculados al cumplimiento de las tareas estatales, sea el mismo Estado quien deba soportar una erogación con ocasión de un proceso en el que se demostró la responsabilidad de un tercero. Es apenas obvio que cada cual debe responder por los efectos nocivos de su propia conducta, lo cual, a más de ser justo y necesario, resulta ampliamente pedagógico en la esfera de las políticas preventivas del Estado sobre derechos e intereses colectivos. Por consiguiente, el monto total del incentivo determinado por el juez debe pagarlo la persona que atentó o vulneró el correspondiente derecho o interés colectivo. En el evento del artículo 40, siendo el estado el afectado o “víctima” del acto que afecta la moral administrativa, no puede además ser afectado con una disminución de lo que recupere, siendo lo razonable que el incentivo lo pague el autor o cómplice del detrimento patrimonial. Esta es la misma posición que en la interpretación y aplicación de esta norma ha hecho el Honorable Consejo de Estado y que la Corte Constitucional ahora avala, como manifestación del denominado derecho viviente.”⁴²

En este caso, el demandante no se ocupó de indicar desde el comienzo del proceso los servidores públicos -que a su juicio- debían haberse vinculado, al haber estado en posibilidad de participar en la celebración del contrato de arrendamiento con inversión de la infraestructura de acueducto y alcantarillado

⁴² CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-459 de 2004.

afecto al servicio. De suerte que al no haberse vinculado a dichos servidores públicos como sujetos pasivos de esta acción, no puede ahora condenarse a pagar el incentivo al Municipio.

Por otra parte, comoquiera que Aguas del Puerto S.A. E.S.P. figura como demandada en este proceso, se declarará responsable del pago del incentivo, el cual estima la Sala en 150 salarios mínimos legales mensuales dada la magnitud del negocio jurídico celebrado y habida cuenta que no se dispone de los elementos de juicio para aplicar lo dispuesto por el artículo 40 de la ley 472.

6. Comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia

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

Así las cosas dicho Comité estará integrado por i) el Magistrado Ponente de primera instancia del Tribunal Administrativo del Cauca, ii) la parte demandante, iii) la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como entidad encargada de velar por los derechos de los usuarios de acueducto y alcantarillado; iv) La Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, como integrantes del Ministerio Público y v) un Comité de Desarrollo y Control Social de los servicios públicos del municipio de Puerto Tejada o del Departamento del Cauca, el cual será escogido por el Tribunal *A Quo*.

Habida consideración que una orden inmediata de terminación del contrato implicaría la amenaza y eventual vulneración de los derechos colectivos de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, en la parte resolutive se darán unos plazos perentorios para cumplir las órdenes tendientes a proteger los intereses colectivos aquí tutelados.

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

FALLA:

REVÓCASE la sentencia apelada, esto es, aquella dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca el 4 de octubre de 2005. y en su lugar se dispone:

PRIMERO.- CONCÉDESE el amparo del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público amenazado con la celebración del Contrato No. 001 de 2004 y su otrosí de arrendamiento con inversión, celebrado entre el municipio de Puerto Tejada (Cauca) y Aguas del Puerto S.A. E.S.P., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.-ORDÉNASE a las partes que hagan todo lo necesario para que exista la precisión indispensable en orden a que las metas contenidas en el pliego de condiciones resulten suficientemente claras, precisas y controlables, de modo que se convenga en forma nítida por cada quinquenio de ejecución del contrato y se especifique así en qué se traducen los porcentajes a los que allí se aluden, esto es, se llenen de contenido y precisión los compromisos a que se refiere el pliego en sus numerales 2.9 y 2.10.

Al efecto, **CONCÉDESE** un plazo de seis (6) meses, contados a partir de la notificación del auto del Tribunal que ordene estar a lo dispuesto en esta instancia, para que las partes procedan a la modificación del citado contrato, el cual deberá incluir una cláusula nueva en la que se regularán los siguientes aspectos: i) las obras que se requieren para la expansión y optimización del sistema de acueducto y alcantarillado del municipio; ii) la forma y metodologías que serán utilizadas para verificar los compromisos contractuales contraídos en materia de cobertura y calidad del servicio y iii) la interventoría que será realizada, todo de conformidad con el marco legal, reglamentario, regulatorio aplicable y teniendo en consideración lo expuesto en la parte motiva de este fallo y en el inciso primero de este ordinal resolutivo.

TERCERO.- ORDÉNASE al Municipio de Puerto Tejada que rinda un informe mensual sobre las actividades desplegadas para el cumplimiento de esta

providencia al Tribunal de primera instancia en este proceso, hasta cuando efectivamente se haga la modificación ordenada.

CUARTO.- CONFÓRMASE un Comité de Vigilancia que verifique el cumplimiento de esta sentencia conforme a lo señalado en el numeral 14 de la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO.- CONCÉDASE a favor del accionante un incentivo de cientocincuenta (150) salarios mínimos mensuales, incentivo que será cubierto en su totalidad por Aguas del Puerto S.A. E.S.P.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

MIRYAM GUERRERO DE ESCOBAR
Presidenta de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO
Con aclaración de voto

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

ACLARACION DE VOTO DEL DR. ENRIQUE GIL BOTERO

NOTA DE RELATORIA: Se reitera la posición del Dr. Enrique Gil Botero en las aclaraciones de voto hechas a las sentencias AP-00618, AP-01415 y AP-01423 todas de 2008

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 19001-23-31-000-2005-00005-01(AP)

Actor: JAIRO VARGAS LONDOÑO

Demandado: MUNICIPIO DE PUERTO TEJADA

Referencia: ACCION POPULAR-APELACION DE SENTENCIA

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el acostumbrado respeto frente a las decisiones de la Sala, aclaro mi voto en relación con la sentencia proferida el dieciocho 19 de junio de 2008, en el proceso de la referencia.

1. Síntesis del problema

Conoció la Sala los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y el agente del Ministerio Público, contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cauca, el 4 de octubre de 2005.

La Sala revocó la decisión del *a quo*, i) amparando los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público. Así mismo, ii) reconoció un incentivo a favor de la parte actora por el equivalente en pesos de 150 salarios mínimos legales mensuales.

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

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

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

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

“Frente a lo que se entiende por moralidad administrativa, la Sala precisó, en tesis que ha sido constantemente reiterada⁴³, que en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (Art. 1), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (Art. 209 *Ibíd*em), la determinación de lo que debe entenderse por

⁴³ 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.

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.

(...)

“Igualmente ha hecho énfasis la Sala en la utilidad del principio de legalidad a la hora de determinar la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, en tanto la conclusión de su vulneración no depende del concepto personal del juez sobre lo que considera moral, sino de la justificación que la actuación cuestionada encuentre en el ordenamiento jurídico, eliminando de esa forma cualquier consideración de carácter subjetivo en la inferencia que encuentre el juez en torno ó no de ese derecho.”⁴⁴

En mi criterio, la visión de este derecho así tratada es bastante reducida, pues tiene deficiencias en la determinación de su alcance y valoración. Para su mejor comprensión me remito a lo expuesto en una sentencia proferida por esta misma Sección⁴⁵ -de la cual fui Ponente- en la cual se analizó el alcance y naturaleza de este derecho colectivo. Al respecto, cabe citar, *in extenso* –por su claridad-, los siguientes apartes:

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

“La moralidad, también denominada “ética” en otros contextos, hace referencia al obrar correcto, es decir, al comportamiento adecuado, en términos valorativos⁴⁶. Constituye en sí misma una pauta de conducta, en principio individual, que determina la manera como se debe actuar en determinados casos de la vida práctica. De este modo, la acción humana se limita y orienta por una escala de valores que, impuesta por el mismo individuo, conduce sus acciones cotidianas, según los parámetros trazados unilateralmente.

“De esta manera, la realización de conductas buenas y el cumplimiento de los deberes⁴⁷ son representativos del obrar ético, surgiendo el hombre virtuoso, es

⁴⁴ Folios 75 y 76 de la sentencia.

⁴⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de agosto de 2007. Rad. AP-00618-01.

⁴⁶ Para Gabriel Amengual Coll “La moralidad trata del comportamiento humano bajo el punto de vista subjetivo del agente individual, desde sus móviles y convicciones (desde su sensibilidad y su razón), desde su coherencia personal, desde su autonomía, instancias que son el origen desde donde brota dicho comportamiento. En este sentido la moral ofrece una perspectiva esencial o fundamentalmente subjetiva e individual en cuanto a su origen y motivación (aunque ello no implica que en principio esté cerrada a otras perspectivas).” (La moralidad como derecho. Ed. Trotta. Madrid. 2001. pág. 377)

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

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

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

“De hecho, desde el punto de vista de la ética más noble y pura, es deseable que unilateralmente cada individuo cree, se dicte e imponga los valores éticos que debe observar, con la esperanza de que la coincidencia de estos comportamientos, por la sumatoria de los sujetos que piensan y actúan del mismo modo, redunde en la creación de una comunidad de actitudes buenas⁴⁸.

“Esta cualidad da cuenta de la “conciencia moral” del hombre, es decir, de su capacidad de reflexionar, con ayuda de la razón, para construir parámetros de

⁴⁷ En el libro *Sobre los Deberes*, Cicerón clasifica los deberes de la siguiente manera: i) deberes para consigo mismo, ii) deberes externos o para con la sociedad, iii) deberes para con el estado y iv) deberes para con la familia.

Dentro de los deberes con la familia destaca que la sangre crea vínculos por los cuales el afecto y el amor exigen un compromiso recíproco de cuidado y protección. Lo propio dice de los deberes con el Estado y con la sociedad, los cuales se representan en la existencia de las leyes y, por tanto, el cumplimiento de las mismas es una forma de garantizar el cumplimiento de los deberes.

⁴⁸ Kant dirá que el hombre debe dotarse a sí mismo de la “autodeterminación”, es decir, de la capacidad de proponerse fines concretos. “... El hombre irrumpe ahora como un ser que se propone fines... Esta palabra tiene un claro sentido intuitivo: el hombre mueve su voluntad desde sí mismo. El fin que el hombre se da a sí mismo es el fundamento de su decisión de actuar. Así, el hombre cumple por sí mismo todas las condiciones para pasar a la acción... El problema es si la razón humana puede dar al hombre algún fin.” (*Historia de la ética*. Dir. Victoria Camps. Ed. Crítica. Barcelona. José Luis Villacañas. Pp. 338)

comportamiento apropiados para los seres humanos. Esta facultad humana de saber, desde el interior del corazón y el espíritu, cuáles conductas son éticamente buenas o malas, correctas o incorrectas, constituye el motor más importante de la reflexión moral y de la creación de este tipo de normas.

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

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

“Se debe aceptar y reconocer, moralmente hablando, la existencia de esta condición humana, es decir, la incapacidad que demuestran algunos individuos para dominar sus pasiones, e incluso la preferencia por convivir con ellas⁴⁹.

⁴⁹ Casi todos los filósofos morales -Platón, Cicerón, Spinoza, los filósofos teológicos, entre otros- coinciden en señalar que el hombre debe sobreponerse a su naturaleza y dominar las pasiones que afectan su comportamiento, para alcanzar las virtudes y aspirar a una vida feliz y éticamente madura.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Esta actitud demuestra el desinterés humano, por parte de algunas personas, de perfeccionarse moralmente, o mejor, su apatía por construir un sentido de vida más acorde con la condición privilegiada que tiene el hombre, en el contexto de los demás seres vivos que habitan el mundo.

“En los términos más simples de la axiología, es claro que la superación de la condición humana natural supone tener la actitud decidida de vencer las pasiones, es decir, las inclinaciones humanas más bajas que hacen que el hombre tenga ciertos sentimientos y, luego, ciertos comportamientos egoístas para con el resto de la humanidad. Esa inclinación a ser dominado por las sensaciones y sentimientos más bajos debe combatirla el mismo hombre, hasta sobreponerse de esta condición y superarla con ayuda de sentimientos más nobles, que hacen más humana la existencia en el mundo⁵⁰.

“Este hecho pone en cuestión la convicción de algunos, sana pero también ingenua, de que el hombre, sólo, puede actuar bien; de manera que es necesario construir y reclamar una moral objetiva, exigible y oponible a todas las personas, que no dependa, por tanto, de la voluntad soberana del individuo, y que pueda imponerse a cualquiera que viva en la sociedad⁵¹.

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

⁵⁰ En este mismo sentido dice Cicerón, en *Sobre los Deberes*, que el cumplimiento de éstos se hace difícil, si tenemos en cuenta que el hombre es atacado por las “pasiones”, las cuales se reflejan en el amor por las cosas externas, el ansía por la primacía sobre los demás hombres. Por esta razón, exhorta a que no se desee demasiado el dinero, ni la gloria, pues “el ánimo debe estar libre de toda perturbación, tanto de la ambición y del temor, como de la tristeza y de la alegría inmoderada y de la cólera, para gozar de la serena tranquilidad, que trae consigo la constancia y el sentimiento de nuestra dignidad.” -*Sobre los deberes*, num. 69-.

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

⁵¹ En la misma línea de Spinoza, qué puede decirse de la "*libertad exterior*" del hombre? En este caso ocurre el fenómeno inverso al descrito en los anteriores párrafos, ya que lo que se exige al hombre no es que tome conciencia de la necesidad de que adecue su comportamiento con lo que se constituiría en la libertad humana en un caso determinado, sino que las acciones que así lo contemplan son exigidas e impuestas desde fuera, con la finalidad de garantizar la convivencia entre los hombres.

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

“Esta actitud transformadora da el paso de la moral privada hacia la moral pública, de la moral individual a la social, de la moral subjetiva a la objetiva. Así se garantiza, también, la mínima uniformidad de la conducta ética, sin la cual existiría una desventaja en la existencia para los sujetos morales que actúan por vocación propia, lo que haría imposible vivir en comunidad a los individuos éticos y a los sujetos amorales⁵².

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

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

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

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

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

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

⁵² W. F. Hegel, comentado por Amengual Coll, ha construido el concepto de "eticidad" para decir que "La eticidad, en cambio, mira el comportamiento humano bajo el punto de vista objetivo,

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

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

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

es decir, comunitario (en el sentido más general del término, no en el sentido de los comunitaristas actuales, sino anterior a la distinción entre comunidad y sociedad, o entre sociedad civil y Estado, de modo que comprende ambos términos sin distinguir todavía), institucional, desde los marcos institucionales en que el individuo desarrolla su vida y comportamiento, desde la cultura en que vive, desde el marco social y político en que se encuentra, fundamentado, respetado, motivado, permitido, promovido, etc. ...

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

“La moral social resulta siendo, en este contexto, un acuerdo, expreso o tácito, sobre los valores y deberes que tienen los ciudadanos para consigo mismo y con los demás. Sin embargo, la moral subjetiva no es exactamente la misma moral social, pues la primera puede tener un tamaño mayor o menor que la primera, según la convicción de cada individuo; reflejando este aspecto la soberanía moral que, por naturaleza, tienen los hombres⁵³.

⁵³ En la sentencia C-224 de 1994 dice la Corte Constitucional, sobre la moral social, que “Algunos han sostenido que la moral es universal e inmutable, esto es, válida para todos los pueblos, en todos los tiempos. “Otros, por el contrario, afirman que la moral, como todo lo social, está en relación con el espacio y el tiempo histórico, y que es relativa.

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

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

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

“Sin embargo, la moral social debería llegar a reflejar los valores construidos por todos los individuos virtuosos de una sociedad, para que, de esa manera, no desaparezcan los valores individuales, y, en su lugar, se reflejen en el espacio donde los hombres comparten con los demás. Este proceso constituye una especie de reproducción, a escala mayor, de los valores individuales, hasta llevarlos, por aceptación generalizada, a la sociedad, representada por las distintas instituciones sociales⁵⁴.

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

“Este camino hacia la generalización de la moral, imperceptible a los ojos del individuo común, pero no para los observadores de los procesos de transformación social –filósofos, sociólogos, psicólogos, y en menor medida abogados- pretende

⁵⁴ En el capítulo IV del libro *la República*, Platón relata la conversación que sostienen Sócrates y Adimanto acerca de las virtudes que deben tener la ciudad y los hombres, con miras a fundar un Estado justo y feliz. Sostiene que es necesario que existan cuatro virtudes –las denominadas “cuatro virtudes cardinales” de Platón-: la prudencia, la valentía, la moderación y la justicia.

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

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

universalizar la moral más provechosa para una sociedad concreta, buscando que adopte los valores más altos posibles.

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

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

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

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

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

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

“De otro lado, la idea de moral social, por su misma forma de construcción, y también de imposición, es bastante más compleja que la moral individual, en cuanto a los medios de los cuales se sirve para implementarla. De hecho, a ella le corresponde asumir la tarea de unificar el sentido de moral de la comunidad, y socializar sus contenidos, sin sacrificar la moralidad individual que permanece, siempre, en el interior de cada sujeto, en constante ebullición.

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

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

“2.2. Relación entre moral y derecho.”

“Históricamente, la moral ha sido un concepto problemático, tanto en su dimensión individual como social, alrededor de lo cual difícilmente ha existido consenso sobre

su contenido y alcance, pese al esfuerzo de generalización social que se presenta en casos y comunidades concretas.

“No obstante, para distinguirla del derecho ha dicho la doctrina, de manera consistente, que existe una diferencia evidente con la moral, representada en los siguientes conceptos, todos ellos contrapuestos: *i)* la moral es autónoma, porque se la impone el hombre, mientras que el derecho es heterónomo, porque lo dicta un órgano público que lo impone aún contra la voluntad del ciudadano⁵⁵. *ii)* La moral es incoercible, porque de su inobservancia no se sigue un castigo institucional, mientras que el derecho es coercible, porque la fuerza es un medio admisible para hacer cumplir su contenido⁵⁶. *iii)* La moral es interna, porque está dirigida a la conciencia individual -fuero interno-, mientras que el derecho externo, porque se ocupa principalmente de la regulación exterior del comportamiento humano -fuero externo-⁵⁷. *iv)* La moral es unilateral porque en ella las desventajas, deberes u obligaciones no son correlativas a las ventajas de otro individuo,

⁵⁵ Carlos Gaviria Díaz, en “Temas de Introducción al Derecho”, presenta este criterio de diferenciación en los siguientes términos: “Parar Kant, conducta heterónoma es la que obedece a un precepto que no deriva de su albedrío, sino que le es impuesto por una voluntad extraña. Autónomo es, por el contrario, aquel proceder que obedece a normas que el sujeto se ha impuesto a sí propio, convencido de su universal validez. Es éste un fenómeno de autolegislación, como que son uno solo el creador de la norma y su destinatario. Autonomía, entonces, vale tanto como autodeterminación. En las reglas heterónomas, en cambio, la relación que entre ellos se establece es en principio de orden vertical: el legislador impone su voluntad al destinatario.” (Señal Editora. Medellín. 1992. Pág. 47)

⁵⁶ Este criterio de diferenciación es presentado por el mismo autor, en la misma obra, así: “Que la moral es incoercible significa, simplemente, que su observancia es espontánea y absolutamente libre. En el momento en que alguien sea constreñido al cumplimiento de una norma moral (o siquiera exista esa posibilidad), su comportamiento carecerá de toda significación ética. Porque el acto moral es esencialmente voluntario, queda desprovisto de sentido si su ejecución es forzosa.

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

⁵⁷ El mismo autor presenta este criterio de diferenciación de la siguiente manera: “Para Kant, la interioridad de la moral consiste en que la conducta éticamente plausible no sólo se ajusta al deber contenido en la norma sino que encuentra en él su motivo determinante; correlativamente, la exterioridad del derecho consiste en que la conducta obediente a la norma debe ajustarse a la prescripción, sin que importen los motivos de la obediencia, porque pueden ser, entonces, exteriores al deber.” (ob. Cit. Pág. 33)

mientras que el derecho es bilateral, porque establece ventajas para una persona y en forma correlativa desventajas para otra⁵⁸.

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

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

“No cabe duda, luego del paso del tiempo, que esta tensión histórica ha dado lugar a que la sociedad política y la comunidad jurídica hayan tomado partido, de manera alternada, por diversas posiciones frente a este problema filosófico que ofrece el derecho, y del mismo modo perpetúa la diferencia ideológica entre *iusnaturalistas* de nuevo cuño y positivistas reformistas. Así, por ejemplo, la época medieval se caracterizó por la prevalencia de la moral como determinante del derecho, tanto así que ambos conceptos alcanzaban a confundirse. Fue la época

⁵⁸ El autor aludido, presenta este criterio de diferenciación, así: “En lenguaje Kantiano puede expresarse esa misma idea con sutilismo y significativo cambio de matiz, diciendo- como lo expusimos más atrás- que la moral prescribe comportamientos buenos en sí mismos, mientras que el derecho los prescribe como buenos para algo y con respecto de alguien. Es decir la moral toma en cuenta la bondad de la conducta en sí misma, referida a un sujeto cuya condición inalienable es la dignidad (imposibilidad de que otro lo sustituya), mientras que el derecho considera al destinatario como un *sujeto social*, con obligaciones *relativas* a esa condición.” Pág. 37-38.

del predominio de la religión sobre el derecho, y también la época de mayor florecimiento del *ius naturalismo* de tipo religioso. La ilustración, por el contrario, se levantó contra ese modo de ver la moral, y también el derecho, y estableció condiciones para objetivarla, llevando la reflexión ética a la norma, e impidiendo que pudiera construirse por fuera de ella. De esta manera, la norma positiva expresaba la concreción moral de la sociedad, y quiso evitarse que la tiranía de los valores individuales –incluido el religioso- sorprendiera a los individuos.

“Si bien podrían desglosarse otros períodos de la historia de la moral y del derecho, y del positivismo y el *iusnaturalismo*, esto es suficiente para comprender que su relación, de discordia y de consenso, parcial o total, según la problemática de que se trate, ha formado parte de la evolución de esta disciplina social⁵⁹.

“No obstante, la época actual, que no ha escapado a esta disputa, sólo que se ha refinado en su conceptualización, parece haberle dado paso a un nuevo *iusnaturalismo* y a un nuevo positivismo, expresado en la importancia que le viene dando a los principios y a los valores. Se trata de la influencia ejercida de manera directa, a través de su consagración expresa –lo cual satisface parcialmente al

⁵⁹ En términos de la relación entre moral y derecho, dice Carlos S. Nino, en Derecho, Moral y Política, que “... los positivistas conceptuales enfatizan la posibilidad de definir el derecho, de individualizar cierto sistema jurídico y de describir su contenido, teniendo sólo en cuenta propiedades de hecho, sin necesidad de incurrir en consideraciones valorativas sobre la justicia, adecuación axiológica o moralidad de los fenómenos que son objeto de tal definición, identificación o descripción...”

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

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

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

positivismo-, pero también de una influencia hermenéutica, a través de la necesidad de resolver los casos concretos con ayuda de la interpretación de los principios –lo cual pertenece más al campo de *iusnaturalismo* de corte clásico-.

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

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

“En este sentido, lo que se puede dar por sentado es que nuestro derecho ha recogido y toma en cuenta la moral de varias maneras: *i)* en *primer lugar*, como fuente de inspiración del contenido de muchas normas positivas –no de todas, desde luego-, las cuales son producto de la discusión pública, a cargo de los órganos institucionales que producen el derecho positivo, pero también a cargo de la sociedad civil, quien de diversas maneras, institucionalizadas o informales, hace sentir su voz sobre los diferentes temas que interesan a ambos sistemas normativos. *ii)* En *segundo lugar*, la ética también está recogida en la norma jurídica, como norma positiva, de manera que la moral y el derecho se unen, en perfecta armonía, confundándose en una sola⁶⁰. En este caso, aplicar la norma jurídica o la moral no tiene diferencia práctica, a los ojos de un espectador lego. *iii)*

⁶⁰ Es el caso del art. 209 CP., que establece que “ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

“Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

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

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

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

En *tercer lugar*, hoy en día la moral es, de manera importante, un criterio de interpretación del derecho positivo, al considerarse como un principio general del derecho. Esta posición le permite asumir una función creativa frente a la norma jurídica, de alcances insospechados en cuanto a los resultados, produciendo una influencia de proporciones incalculables, por lo menos en forma *a priori*.

“Esta multifacética relación entre moral y derecho permite afirmar que existen contextos propios de la moral y del derecho, en cuyos campos la intromisión del uno en el otro no sólo es innecesaria, sino, incluso, nefasta para el desarrollo de cada uno de estos sistemas normativos. ¡Esto es bastante obvio! No obstante, también es cierto que la influencia y las relaciones de ambos, en otros casos, no sólo es necesaria sino indispensables para que el derecho se construya según ciertos parámetros morales, que son lo que comparten y están dispuestos a observar los ciudadanos. Este reconocimiento facilita la construcción moral de la sociedad, con la ayuda del derecho.

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

“No en vano, entre las tareas rutinarias que siempre han debido asumir los órganos públicos hacedores del derecho y también los aplicadores de éste -como los jueces, por ejemplo- se encuentra cómo hacer compatible la moral y el derecho, en los casos en que deben caminar de la mano. Esa pretendida articulación, necesaria en muchos casos concretos, hace parte de la función natural que deben arrogarse estos órganos, a quienes se les ha encomendado la tarea de hacer el derecho y/o de aplicarlo, manteniéndolo vigente y legítimo⁶¹.

⁶¹ En un sentido aplicado dijo la Corte Constitucional, en la sentencia C-224 de 1994, que: “Las anteriores explicaciones permiten entender porqué en el artículo 13 de la ley 153 de 1887, se dijo: “La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho a falta de legislación positiva”.

“2.3. La moral administrativa.”

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

“2.3.1. Origen constitucional del derecho colectivo a la moral administrativa. A diferencia de muchos otros derechos colectivos, la moral administrativa tiene fundamento constitucional, pues ella lo creó directamente, al enunciarlo en el art. 88. Por el contrario, también dispuso que el legislador podía crear otros derechos colectivos, de lo cual se ocupó éste en el art. 4 de la ley 472 de 1998⁶².

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

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

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

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

⁶² Dispone éste artículo: “Artículo 4º. Derechos e intereses colectivos. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

- a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;
- b) La moralidad administrativa;
- c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;
- d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;
- e) La defensa del patrimonio público;
- f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;
- g) La seguridad y salubridad públicas;
- h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;
- i) La libre competencia económica;

“De manera que en la relación de derechos que el artículo citado contempló, la inclusión de la moralidad administrativa no es más que una reproducción del derecho creado en la Constitución, y que sólo para fines pedagógicos y de completitud de la materia fue incluido en dicha norma, pues, en términos de eficacia, no era necesario que lo hiciera⁶³.

“Sin embargo, vale la pena tener en cuenta que la moralidad, como valor jurídico y político, no fue creada propiamente por la Constitución Política de 1991. De hecho, tiene antecedentes preconstitucionales, en distintas leyes⁶⁴.

-
- j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;
 - k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;
 - l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;
 - m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;
 - n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

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

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

⁶³ Como dato curioso es bueno observar que este derecho fue llamado por la Constitución como “moral administrativa”, mientras que la ley lo reprodujo como “moralidad administrativa”, lo cual, no cabe duda, ni le pone ni le quita contenido al derecho.

⁶⁴ Así, por ejemplo, en la ley 153 de 1887, sobre las reglas generales de validez y aplicación de las leyes, dispone el art. 18 que “**Las leyes que por motivos de moralidad, salubridad ó utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior, tienen efecto general inmediato.** (...)”

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

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

También se utilizó en la ley 86 de 1946, sobre propiedad intelectual, donde se dijo: “**ARTÍCULO 94.** **La presente ley declara actos esencialmente contrarios a la moralidad pública**, que escapan como tales a toda protección jurídica: Hacer, reproducir o poseer escritos, discos de gramófono, películas

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

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

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

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

“Este tipo de conceptos los utiliza comúnmente el legislador, y también el Constituyente, ante la dificultad que se presenta de tratar con precisión y rigor una

cinematográficas, fotografías, cuadros, dibujos, pinturas, litografías, carteles, emblemas o figuras **de carácter obsceno** o ejercer el negocio de darlos en préstamo o alquiler.”

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

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

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

materia, bien por imposibilidad conceptual o bien por imposibilidad fáctica de incluir en una palabra más precisa todo el universo de supuestos que pretenden regular. Esto hace que se deba apelar a expresiones omnicomprensivas de un acervo de situaciones que deben caber en el supuesto de la norma creada, correspondiendo a otra autoridad, la que aplica la norma, interpretar el concepto y definir si se debe o no aplicarse a un caso concreto⁶⁵.

“La labor de precisión del concepto jurídico indeterminado, con la pretensión de definir su posible aplicación o desecharla, por no corresponder con el caso, es creadora de derecho, o por lo menos aclaratoria del creado por el legislador. De hecho, uno de los primeros problemas que ofrece este tipo de conceptos es que no se sabe, de manera inmediata, si es aplicable al caso que se somete a

⁶⁵ Esta Corporación se ha referido a la moralidad administrativa en varias ocasiones, asimilándola a lo que en derecho penal se denomina una “norma en blanco”, por contener elementos cuya definición se encuentran o se deberían encontrar en otras disposiciones y que, para verificar su posible amenaza o vulneración en un caso determinado, es necesario acudir al desarrollo específico y concreto que haya hecho el legislador sobre alguno de los aspectos del principio.

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

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

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

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

examen, siendo necesario definirlo previamente para, posteriormente, determinar si el asunto concreto encuadra en el supuesto de la norma.

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

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

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

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

“En *segundo lugar*, este concepto, pese a la distinción anterior, la cual delimita bastante bien el tema, sigue siendo problemático, porque el adjetivo

“administrativo” puesto a la moral sugiere algunas ideas concretas, preconstruidas por el derecho público, y cuyo significado puede darle un giro determinado al alcance del concepto. Veamos por qué.

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

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

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

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

“Incluso, esta idea aplica a toda la rama ejecutiva, sin importar si ejerce una función administrativa. Recuérdese, en este sentido, que en ocasiones algunas entidades estatales realizan tareas que no comportan el ejercicio de la función administrativa. Es el caso de algunas tareas que ejecutan las empresas

industriales o comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, quienes, pese a que no ejercen la función pública en casos concretos, pueden llegar a violar la “moral administrativa” en esos eventos, pues el adjetivo “administrativo”, se insiste, no se relaciona con el ejercicio de la función pública, si no con la ejecución de actividades por parte del Estado.

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

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

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

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

“En parte, de lo analizado sobre la moral en general, y en particular sobre la moral objetiva o pública, es posible inferir la importancia y utilidad de este derecho, en la vida institucional y jurídica colombiana. Sin embargo, es necesario destacar la

trascendencia que tiene este derecho en el contexto de los demás que conforman el ordenamiento jurídico.

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

“Este hecho también pone de presente que el Estado no puede existir sin la moralidad como supuesto de subsistencia y de su acción permanente, lo cual si bien nunca se ha negado -de hecho ha existido desde antes-, ahora se ratifica, pero ya no como principio exigible en los procedimientos administrativos, o en el obrar en ciertos contextos especiales, sino como derecho público presente en todos y cada uno de los comportamientos estatales.

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

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

“La consolidación de una moral pública objetiva también sirve para que cada ciudadano sienta como propia la suerte que corren en el mundo los demás miembros de la sociedad, de manera que contribuye a afirmar la unidad social de medios y de fines de acción, por el sólo hecho de que se compartan los propósitos morales del Estado. Esto mismo hace que la moral individual se transforme y

perfeccione, por el hecho de que la moral colectiva la rescata y asume; pero, a su vez, la moral colectiva se recrea, por el hecho de que la moral individual se eleva y acrecienta, en el sentido de la perfección, hasta influenciarse la una sobre la otra, propiciando un progreso y refinamiento del comportamiento social e individual en la vida cotidiana.

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

“En la actualidad, uno de los temas que integra la denominada “agenda mundial”, es decir, el catálogo de asuntos de los que se ocupan los Estados desarrollados del mundo, es el impacto que la corrupción genera sobre la sociedad política y la privada en todos los países del mundo⁶⁶. Lo particular de este asunto es que los efectos de la corrupción han llegado a preocupar a los Estados de todos los continentes, lo que refleja fielmente el alcance que este flagelo ha tenido en la sociedad del presente y del porvenir, sobre los Estados ricos y pobres, los del este y el oeste, los del norte y los del sur.

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

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

⁶⁶ Los otros temas son, entre otros: la democracia de los Estados, la defensa de los derechos humanos, el terrorismo y la protección del medio ambiente.

los valores éticos sociales, debilitándose la moral pública, debido a su, cada vez más, gran espacio de acción en la gestión de lo público.

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

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

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

“En este orden de ideas, quién habría de desconocer que la corrupción al interior de un hospital no atenta contra la salud o la vida de los ciudadanos, o que la

corrupción en un centro educativo no atenta contra la educación, o que la corrupción en un centro penitenciario no afecta la dignidad de los presos, o que el robo en los contratos atenta contra la estabilidad económica del país y su capacidad para asumir tareas y prestar servicios esenciales de los habitantes de un Estado? ¡Nadie!

“- *La corrupción genera exclusión.* Lo anterior ayuda a entender que la corrupción también genera exclusión de los ciudadanos que no participan de ella, pues quien no lo practica no accede a determinados bienes o servicios, que se entregan a quienes se los reparten en forma irregular -puestos de trabajo, ayudas económicas, cupos de vivienda, de estudio-. Ante esta situación los ciudadanos honestos se ven privados de muchos derechos y por tanto excluidos de determinadas esferas de lo público, y aún de lo privado, a la vez que son separados de los lugares en los cuales se debería asegurar la posibilidad de que ellos también pudieran participar.

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

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

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

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

“Teniendo en cuenta lo anterior, es decir, este múltiple impacto negativo sobre las bases mismas de un Estado y todos sus componentes, hay que asumir la defensa contra tan grave mal de la sociedad moderna -desarrollada y subdesarrollada-, exigiendo respuestas adecuadas por parte del propio Estado, encargado, en nombre de la eticidad, de sostener los principios morales sobre los cuales se sustenta el poder público constituido por la asociación de hombres.

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

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

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

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

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

“En sentencia de noviembre de 2004, que:

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

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

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

Correspondía a los actores demostrar, además de la omisión, la presencia de elementos de carácter subjetivo contrarios a los fines y principios de la administración, esto es: conductas amañadas, irregulares o corruptas que favorecen el interés particular a costa de ignorar los fines y principios de la recta administración. Esa prueba se echa de menos.”⁶⁷

⁶⁷ Sentencia de 4 de noviembre de 2004. Exp. AP-2305.

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

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

Por contera la vulneración a la moral administrativa no se colige de la apreciación individual y subjetiva del juez en relación con la conducta de quien ejerce función pública; tal inferencia, como lo ha concluido la Sala surge cuando se advierte la inobservancia grosera, arbitraria y alejada de todo fundamento legal, de las normas a las cuales debe atenerse el administrador en el cumplimiento de la función pública. Cabe agregar que la sola desatención de los trámites, procedimientos y reglamentos establecidos normativamente para el ejercicio de la función 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.”⁶⁸

“Y en agosto del mismo año se dijo que:

“En efecto, la moralidad administrativa, se refiere al ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, determinadas por la satisfacción del interés general y no por intereses privados y particulares, sin que cualquier vulneración al ordenamiento jurídico, en el ejercicio de tal función, lleve consigo de manera automática, vulneración a la moralidad administrativa, por cuanto, no

⁶⁸ Sentencia de 2 de junio de 2005. Exp. AP-720.

toda violación al principio de legalidad, lleva consigo necesariamente violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Es menester escindir la violación al principio de legalidad cuya protección es ajena a la acción popular y propia de las acciones ordinarias, de la vulneración a la moralidad administrativa, esta si pasible de protección a través de este mecanismo procesal.

Con este propósito es importante precisar que en veces la violación al principio de legalidad, que se traduce en el no acatamiento de la normatividad en el ejercicio de la función administrativa, puede conducir a concluir también la vulneración a la moralidad administrativa, porque a la ilegalidad de la actuación se une la conducta antijurídica de quien la ejerce, en tanto actúa no con el ánimo de satisfacer el interés general, sino con el claro propósito de atender intereses personales y particulares, esto es, se vale de la función que ejerce como servidor del Estado, en provecho propio.

Pero no siempre la ilegalidad conduce a la vulneración a la moralidad administrativa y corresponde al accionante en la acción popular la carga procesal de precisar el aspecto en el cual radica la trasgresión a este principio, endilgando acusaciones propias de su vulneración y no solo de ilegalidad.

Igualmente al juez de la acción popular le corresponde superar los límites de la revisión de ilegalidad de la actuación con la que según la demanda se vulnera la moralidad administrativa, para extender su análisis a las motivaciones que llevaron al funcionario a ejecutar la actuación.”⁶⁹

“Esta posición refleja, perfectamente, la estrecha relación que existe entre legalidad y moralidad, justificada para proteger a los individuos de la tiranía de los valores, es decir, del riesgo que se corre de que cualquier juez diga, en cada caso concreto, qué es lo moral y lo inmoral, al margen de las normas positivas, sorprendiendo, por tanto, a las personas involucradas en la toma de una decisión pública.

“2.3.6.2. La moralidad también se afecta cuando se vulneran los principios generales del derecho. Criterio ampliado de moral administrativa. La anterior posición fue recientemente flexibilizada por esta Sala, avanzando un poco más en la protección del derecho colectivo, abriendo el concepto de moralidad, para relacionarlo, ahora, con la violación a los “principios generales del derecho”.

⁶⁹ Sentencia del 24 de agosto de 2005. Exp. AP- 00601.

“De esta manera, la legalidad pura y simple deja de ser el comienzo y el fin de la moralidad administrativa, el lugar en el cual se recoge en forma completa, para convertirse en uno de los espacios a través de los cuales se expresa la moralidad.

“Los principios se convierten en uno de los criterios de control de la protección de la moralidad, de manera que se pasa de observar si un mandato concreto ha sido violado por una acción u omisión de una entidad estatal, o de un particular en ejercicio de una función pública, para apreciar si un principio se ha desconocido, y con él se viola, a su vez, la moralidad administrativa. Esta posición se insinuó, en los siguientes términos, en la sentencia de junio de 2001 -exp. AP 166 de 2001-. Dijo en esa ocasión esta Sección que:

‘(...) en otra oportunidad⁷⁰, 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 legal⁷¹, 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 directo⁷².

‘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 diversas⁷³ ‘.

“En esta misma línea doctrinaria dijo recientemente la Sala –sentencia de febrero 21 de 2007, exp. AP-0355-, aplicando los principios generales del derecho al caso concreto, que:

⁷⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia proferida el 16 de febrero de 2001 exp. AP 170.

⁷¹ Ver, entre otras, Corte Constitucional T 406 de 1992.

⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho. Editorial Civitas S.A. Madrid 1986. P 170.

⁷³ LARENZ, Karl. Derecho Justo, fundamentos de ética jurídica. Editorial Civitas. Madrid 1993. P 37.

“3.1.3 El actor también acusó al Ministerio de haberse apartado de los principios constitucionales y legales que orientan la función pública, y también de los principios consagrados en la ley 100 de 1993, para garantizar el servicio público esencial de la salud, al no dar celeridad al pago de los recursos de la salud, apoyado en consideraciones de orden formal o simples trámites burocráticos administrativos, que han llevado a la acumulación de solicitudes y entorpecen el flujo del recursos de la seguridad social.

“Respecto a esta censura, se considera que dentro del ejercicio de la función pública, las autoridades deben obedecer al marco de legalidad, pues éste es uno de los principios del Estado Social de Derecho y fundamento rector del ejercicio de la actividad administrativa, y lo cierto es que las exigencias para las reclamaciones de recobro están previstas en reglamentaciones normativas, que definen y delimitan la actuación de quien ejerce esa función estatal.

“No obstante lo anterior, para la Sala el retardo mismo en tramitar los reclamos y pagar las cuentas, no así lo requisitos exigidos para admitirlas, afecta la moralidad administrativa, porque la desarticulación de este componente de la seguridad social atenta contra los principios y valores que inspiran la prestación del servicio, como los de eficacia, universalidad y unidad, definidos en el art. 2 de la ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

‘a. EFICIENCIA. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;

‘b. UNIVERSALIDAD. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida; (...)

‘e. UNIDAD. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social, y’

“El incumplimiento de los plazos previstos en la regulación, en forma por demás severa, según se vio en el análisis probatorio, afecta estos principios rectores del funcionamiento de la seguridad social, y no se puede permitir que se perpetúe ese estado de cosas, contrario a los derechos colectivos, sin que se adopten medidas radicales para resolver los problemas que afectan a la comunidad completa.

“Esta decisión se adopta no obstante que el Estado ha tomado medidas para tratar de superar los problemas analizado, pero es claro que no han sido suficientes ni óptimas para resolver todas las dificultades.

“Por las anteriores razones la Sala encuentra acreditada la violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa.”

“En la misma perspectiva anotada, dijo la Sección, el mismo 21 de febrero de 2007 –exp. AP. 549-, que:

“La moralidad administrativa, en cuanto principio constitucional y legal que orienta la función administrativa, hace parte de la ‘legalidad’ que esta debe observar, pero de manera alguna esto significa que se manifieste únicamente a través de reglas y límites para el ejercicio de esta función, pues como se observó detenta un valor normativo de manera autónoma a más de manifestarse también como expectativa de la comunidad. No pueden confundirse entonces los principios de legalidad y moralidad administrativa, aunque existe una estrecha relación entre ellos.

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

“Estas decisiones respaldan y sustentan la ampliación de la precomprensión del concepto de moral administrativa, y marcan la línea doctrinaria de la jurisprudencia para su futura consolidación conceptual.

“2.3.6.3. La moral administrativa más allá de la legalidad pura y simple. Criterio extenso de moral pública. Si bien el anterior criterio hace evidente el esfuerzo por abrir más el concepto de moral administrativa, para abarcar toda la riqueza conceptual que contiene, en todo caso subsiste la necesidad de penetrar más su alcance, hasta comprender, plenamente, los contornos a que debe llegar la protección a este derecho.

“En este sentido, no se desconoce que una de las más importantes técnicas de identificación del contenido concreto de la moral administrativa, pero también la más simple y sencilla, es la verificación de la observancia de las normas jurídicas, portadoras, en muchas ocasiones, de valores morales. Sin embargo, este derecho colectivo no lo puede reducir el juez a esta condición, so pena de comprimir su riqueza material.

“Esta postura, además, es excesivamente formalista, y carece de sentido lógico ante la abundancia moral de la acción humana y de la actividad pública, así

persiga un fin bueno: garantizar la seguridad jurídica, evitando “sorpresas” para la administración pública, por parte de los jueces, quienes en un momento dado podrían considerar que moral es algo al margen de la norma positiva. No obstante, este criterio esconde un sacrificio excesivo al derecho colectivo a la moral administrativa, por varias razones:

“En primer lugar, es equivocado asociar, inescindiblemente, legalidad y moralidad -y a la inversa-, porque la ética queda reducida a la ley; cuando el derecho ha superado, hace bastante tiempo, ese atavismo jurídico, pues no toda moral está contenida en la norma, del mismo modo que tampoco toda ley contiene un concepto moral.

“Razonar de este manera habría impedido que los derechos fundamentales, como por ejemplo el de la igualdad, sean lo que hoy son: una indagación axiológico-normativa sobre la relación de trato, de carácter material, que se verifica en la norma y también en el caso concreto. Si la Corte Constitucional hubiera procedido de manera diferente habría dicho que la igualdad es lo que la ley diga, en lugar de hacer un juicio de ponderación sobre las circunstancias concretas del caso, para verificar la igualdad de trato.

“En este sentido, habría supuesto que el legislador hizo una ponderación de la igualdad, la cual el juez no podría revisar, so pena de sorprender a la administración que aplica la norma. Con esta forma de razonar y asumir los problemas jurídicos complejos, que involucran la axiología y el derecho, al Estado no se le podría cuestionar la valoración que hace en torno a la igualdad; y del juez se diría que lo pondría en riesgo, sorprendiéndolo con el análisis que hiciera, eventualmente distinto al de la entidad que se controla.

“En parte, el inadecuado entendimiento tiene que ver con el hecho de que si la moral fuera la ley misma, entonces el derecho colectivo no sería el de la “moralidad administrativa” sino el de la “legalidad administrativa”. Pero las cosas no pueden ser de ese modo, pues este argumento esconde la supresión de este derecho colectivo, al reducirlo al principio de legalidad rígido, en cuyo caso brilla sólo la legalidad, que tan sólo recoge expresiones morales concretas. Para la Sala no cabe duda que se trata de dos principios jurídicos diferentes, y que so pretexto de evitar el eventual desafuero de los jueces no se puede reducir, siempre, la moral al derecho positivo.

“De hecho, si se confundiera la legalidad con la moralidad, la protección de ésta equivaldría a un juicio legal, luego la Constitución no habría agregado valor al ordenamiento jurídico cuando creó el derecho colectivo, pues no sería otra cosa que la misma normatividad, pero reformulada en términos de axiología.

“Entre las alternativas posibles de control de la moralidad puede el juez verificar tanto los “fines” de la acción administrativa, como los “medios” empleados para obtenerlos, pudiendo ocurrir que alguno de ellos no tenga prescrito en la ley un modo de acción concreto, no obstante lo cual el mecanismo de actuación empleado podría resultar inmoral.

“Estas dos técnicas de control a la moralidad dan cuenta de la amplia posibilidad protectora que tiene el juez para reconducir las acciones administrativas hacia los más correctos modos de obrar. Estas posibilidades requieren, no obstante, ingentes esfuerzos judiciales de comprensión y asimilación del problema, que sólo es posible lograr a través de las acciones populares, no a través de las acciones convencionales que protegen la legalidad pura.

“En este orden de ideas, el juez debe verificar si el fin empleado es aceptable, y si los medios para alcanzarlos lo son igualmente. De este modo, puede ocurrir que un fin público inaceptable se realice por medios aceptables, o que un fin público aceptable se lleve a cabo por medios inadmisibles, desde el punto de vista moral. Todos estos aspectos de la acción requieren de un control, y bastaría con que un elemento de la cadena de la realización de las acciones administrativas se rompa, para que la protección, a través de la acción popular, deba actuar.

“En ocasiones, la manera de medir estas conductas puede hacerse por intermediación del derecho puro; en otras por medio de la moral pura; otras veces en forma combinada, dando lugar a un amplio espectro de colaboración entre el derecho y la moral, en sus distintas facetas.

“De esta manera, deberá ocurrir que la trampa, la astucia, el engaño político, la mentira, el desorden y otras formas de acción u omisión de tinte inmoral, que no siempre dan al traste con la legalidad material o formal de una actuación estatal, deben reconducirse a través de las acciones populares. En este sentido, el mal comportamiento bien puede afectar la moral, sin afectar la legalidad, debiendo el

juez popular corregir el comportamiento moral del Estado y sus funcionarios⁷⁴. Entre otras cosas, porque no puede creerse que siempre el acto controlado por medio de la acción popular es un contrato o un acto administrativo –susceptibles de confrontarse contra las normas positivas-, pues es claro que las puras actuaciones materiales también pueden amenazar o violar la moral administrativa.

“El análisis racional, los principios jurídicos y los valores señalan a la administración lo que es correcto e incorrecto, de la manera aceptada por la sociedad, para lo cual el juez deberá verificar ese comportamiento, hasta determinar si vulnera la moralidad administrativa, sin temor a que esta actitud produzca un desorden social en los valores; por el contrario, debe afianzarlos y asegurarlos.

“Desde este punto de vista, no se puede confundir el reto que tiene el juez de hacer efectivo y real el derecho colectivo a la moral administrativa, a través de canales distintos al típico control de legalidad; con la dificultad que existe de controlar la moral pública. Construir una moral aplicada, al lado del derecho y al rededor de éste, es la tarea que se debe acometer para hacer efectiva la Constitución, y contribuir al desarrollo y sublimación de la moral pública, cada vez más perfecta y elevada. El juez de la acción popular, por tanto, debe pasar de buscar en las actuaciones administrativas simples “vicios legales”, a buscar también “vicios morales”, ambos con la misma capacidad destructora del ordenamiento jurídico.

“Esta situación refleja, de mejor manera, que el juez de la acción popular está invitado –incluso obligado-, por la Constitución y el legislador, a realizar un juicio moral sobre las acciones públicas, sin que deba sentir temor a adentrarse en terrenos movedizos, pues desde 1991 la moralidad administrativa adquirió el rango de derecho, ya no sólo de principio abstracto, y de su mano se debe hacer

⁷⁴ Tal es el caso en el cual una entidad pública no respete el derecho de turno en la atención de asuntos o personas a su cargo, y que lo alterara su arbitrio. Si no hubiera norma que regulara el tema –hoy en día algunas tratan el asunto, a propósito de aspectos concretos- el positivismo diría que no se afecta la moralidad pública; pero desde la perspectiva ética no cabría duda que este tipo de comportamiento requieren corrección, desde la óptica social, pues tal estado de cosas atentan contra el debido comportamiento que se debe ofrecer a los ciudadanos.

una nueva lectura de las actuaciones públicas, ya no sólo la de la legalidad, sino también la de la moralidad⁷⁵.

“En síntesis, hoy en día es posible desentrañar la moral administrativa en varios lugares, unos más comunes que otros, unos más complejos que otros, unos más grandes que otros: i) al interior de la norma positiva –la Constitución, la ley, los reglamentos, y en general o cualquier norma del ordenamiento jurídico que desarrolle un precepto moral-; lugar en el cual, comúnmente, buscan los abogados la moralidad pública; ii) en los principios generales del derecho y en los concretos de una materia, los cuales mandan, desde una norma, actuar de un modo determinado, aunque menos concreto que el común de las normas positivas. Esta fuente de la moralidad administrativa es menos precisa, pero no por ello menos concreta en sus mandatos. Admite, por esta misma circunstancia, un alto nivel de valoración, pero sin tolerar el capricho⁷⁶. Finalmente, iii) la moral administrativa

⁷⁵ JERZY WRÓBLEWSKI señala que “Una decisión de interpretación será necesaria si en opinión del órgano de decisión, el significado del texto legal que quiere utilizar no es lo bastante claro para disponer sobre el caso en cuestión. Entonces tenemos que acudir a una interpretación operativa. En otro caso se dará una situación de isomorfia entre la norma y los hechos del caso *y clara non sunt interpretanda*.”

“Un margen en la interpretación estará presente siempre que se interprete el texto legal, dado el papel de las valoraciones en ese tipo de actividad. Se evalúa si el texto es o no claro, se escogen directivas de interpretación y las formas de aplicar aquellas. Hoy día no se cuestiona por ninguna teoría ni ideología de la interpretación jurídica la existencia de este tipo de margen, que está conectada con los rasgos del lenguaje normativo.

“Entre los márgenes en la interpretación pueden incluirse también aquellos que resultan del uso de cláusulas o referencias generales a reglas y valoraciones extra-sistemáticas, como las reglas de equidad, de moralidad, los principios de co-existencia social etc. En tales situaciones el órgano de decisión dispone sólo de una indicación general del tipo de reglas y valoraciones que debe utilizar para determinar el significado de la norma. La referida determinación, se abre, por supuesto, a algunos márgenes de apreciación.” (Sentido y hecho del derecho. Ed. Fontamara. México. 2003. pág. 317)

En ese mismo sentido Sergio Iván ESTRADA VÉLEZ, manifestó: “En la actualidad, se reconoce la existencia de un material axiológico compuesto de principios y valores como concreción de una moralidad pública o sentir de la sociedad, de sus necesidades o requerimientos, del cual deriva su validez la norma positiva, de tal forma que ‘el enjuiciamiento de la validez de las normas no se atenderá ya al criterio jerárquico únicamente, sino que este habrá de completarse con el criterio de las relaciones entre los contenidos normativos.’ ” (La excepción de principalidad. Ed. Temis. Bogotá. 2000. pág. 8)

⁷⁶ El Profesor Hernán Valencia Restrepo, en *Nomoárquica, Principialística jurídica o Filosofía y Ciencia de los Principios Generales del Derecho*, propone, con rigor científico, que los principios generales cumplen tres funciones en el derecho: Función creativa, función interpretativa y función integrativa –págs. 67 a 124-. Además de explicar el sentido de cada una de estas funciones, expone, magistralmente, la manera como cada una de ellas se desenvuelve en el “caso concreto”. También señala que, con su ayuda, “... el derecho es, se hace o se conoce.” (pág. 69) (Ed. Comlibros. Cuarta edición. Medellín. 2007)

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

3. El pago del incentivo.

En cuanto a la figura del incentivo en las acciones populares, regulada en los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998⁷⁷, la sentencia si bien reconoció el incentivo a favor de la parte actora, retomó una tesis de la que me he apartado con anterioridad, que se fundamenta principalmente en la sentencia de la Corte Constitucional C-459 de 2001, según la cual se señala que los responsables de este reconocimiento son las personas naturales que directamente atentaron o vulneraron los derechos colectivos. En tal sentido, expresa la providencia de la cual me aparto que:

⁷⁷ Los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, prescriben en su orden:

“Artículo 39. INCENTIVOS. El demandante en una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales.

“Cuando el actor sea una entidad pública, el incentivo se destinará al Fondo de Defensa de Intereses Colectivos.”

“Artículo 40. INCENTIVO ECONOMICO EN ACCIONES POPULARES SOBRE MORAL ADMINISTRATIVA. En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular.

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

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

“En este caso, el demandante no se ocupó de indicar desde el comienzo del proceso las personas –que a su juicio- debían haberse vinculado, al haber estado en posibilidad de participar en la celebración del contrato de arrendamiento con inversión de la infraestructura de acueducto y alcantarillado afecto al servicio.”

“De suerte que al no haberse vinculado a estas personas naturales como sujetos pasivos de esta acción, no puede ahora condenarse al Municipio. Sin embargo comoquiera que fue vinculada la ESP accionada corresponderá a ella cubrir el incentivo, el cual estima la Sala en 150 salriso (sic) mínimos legales mensuales...”⁷⁸

Aclaro mi voto frente a esta determinación, por dos razones:

En *primer lugar*, porque atenta contra la lógica constitucional de la responsabilidad del Estado, conforme a la cual ésta no debe ser personal del agente –por lo menos frente al dañado-, sino institucional, de manera que la entidad es quien debe responder ante los afectados por los actos de sus funcionarios.

Además, el hecho de negar el incentivo, por no haberse vinculado al proceso a las personas naturales que directamente atentaron o vulneraron los derechos colectivos, desconoce la cláusula general de responsabilidad del Estado, consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política⁷⁹.

De igual forma, de aceptar que el responsable de pagar el incentivo es directamente la persona que incurrió en la conducta atentatoria del derecho colectivo –el funcionario público, en este caso-, y no la entidad pública, representa

⁷⁸ Folios 78 y 79 de la sentencia.

⁷⁹ Dispone la Constitución Política, en el artículo 90 que:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

“En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”

un retroceso jurídico en materia de daños, pues esta era la premisa de la responsabilidad en los tiempos de la Revolución Francesa, la cual se encontraba fundada en una filosofía que exponía los principios de la teoría de responsabilidad del Estado, pero través de sus agentes.

Por el contrario, la nueva cláusula general de responsabilidad, establecida en la Constitución Política, es clara al prescribir que será el Estado, a través de sus entidades, quien responde patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, y que hubieren sido causados por sus funcionarios.

De allí que en este aspecto no podemos afirmar, como antaño -sólo que a propósito de la típica responsabilidad extracontractual-, que el Estado no causa daños; pues son los funcionarios quienes obran mal, de manera que si alguna responsabilidad se investiga debe indagarse a sus empleados, pues no se vincularon al servicio para que obraran mal, sino para que cumplieran las leyes y los reglamentos que los rigen.

De esta manera, tampoco se puede admitir, como parece hacerlo la Sala -espero que esta idea no se convierta en una postura interna- que tratándose de los derechos colectivos el Estado no los amenaza ni los viola, sino que todo es imputable a sus malos funcionarios. De hecho, lo que no puede estar en duda es que el Estado también los viola, y que por alguna razón es un posible sujeto pasivo de la acción popular, de modo que si gracias a un actor popular se logra protegerlos, entonces es el Estado quien debe pagar el incentivo, pues resulta extraño -por decir lo menos- que una sentencia -como la que sirve de fundamento para aclarar mi voto- declare la responsabilidad del Estado por su violación, pero que el pago del incentivo quede a cargo, exclusivamente, del funcionario y no del órgano comprometido con dicha vulneración o amenaza.

Desde este punto de vista, encuentro que el artículo 90 CP también sirve de fundamento normativo para explicar la naturaleza de la responsabilidad del Estado por la violación de los derechos colectivos –al igual que de la responsabilidad contractual y extracontractual-, pues los daños que se causen –que no necesariamente tienen que ser morales y materiales- pueden provenir de la vulneración de esta categoría de derechos.

Por tanto, en el caso que nos ocupa, la pretensión sobre el incentivo debió proceder, siendo la entidad condenada la responsable de su pago.

Ahora bien, esto no implica que el funcionario sea irresponsable por sus actos; pues es perfectamente posible que, según lo prescrito por el artículo 90 CP, una vez se condena a la entidad a pagar el incentivo, esta deberá, en ejercicio de la acción de repetición, iniciar el proceso judicial correspondiente en contra de quien realizó la conducta generadora de la condena.

En *segundo lugar*, también considero que el fundamento jurisprudencial que sirvió de apoyo para negar al actor su incentivo no hace parte de la *ratio decidendi* de la sentencia que se pronunció sobre la exequibilidad de la figura, sino que, por el contrario, se trata de un *obiter dicta*, en razón a que el aspecto relacionado con el responsable de su pago no fue determinante para que el Juez de la Constitución adoptara su decisión⁸⁰.

⁸⁰ En cuanto a las figuras jurídicas de la *ratio decidendi* y la *obiter dicta*, ha dicho la Corte Constitucional -entre otras, en la sentencia SU-1219 de 2001-, que "La jurisprudencia ha distinguido entre *obiter dicta* y *ratio decidendi*, para sostener que el carácter vinculante se refiere a esta última y no a la primera. La *ratio decidendi* abarca el criterio jurídico determinante así como las razones inescindiblemente relacionadas con el *decisum* y sin las cuales la decisión del caso no sería comprensible o carecería de fundamento. El *obiter dicta*, lo que se dice de paso, carece del carácter vinculante de la *ratio decidendi*"

En efecto, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-459 de 2004, declaró la exequibilidad del incentivo en las acciones populares. En esa ocasión fueron demandados los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 2004. La providencia analizó la figura bajo los postulados del principio constitucional de solidaridad, manteniendo una mirada constante hacia las acciones populares, pero enfocada, siempre, hacía la determinación de la exequibilidad del incentivo, pues este fue el objeto de la demanda. Al respecto expresó la Corte:

“El artículo 39 de la ley 472 de 1998 establece un incentivo a favor del demandante triunfante en una acción popular, cuyo monto debe ser fijado por el juez dentro de un rango que oscila entre los diez (10) y los ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales. Por lo tanto, se trata de un incentivo que no queda atado a la mera discrecionalidad del juez, toda vez que dentro de los topes fijados, en cada proceso él debe ponderar tanto la trascendencia que la sentencia a dictar puede tener en torno a los derechos e intereses colectivos reivindicados efectivamente, como la mayor o menor diligencia desplegada por el actor durante todo el proceso. A lo cual concurre eficientemente el acervo probatorio debidamente valorado por el juez. (...)

“Bajo este esquema conceptual las acciones populares combinan el deber de solidaridad que a todas las personas les atañe, con la potestad del Estado para inducir, promocionar, patrocinar, premiar y, en general, estimular el ejercicio de tales acciones en orden a la materialización y preservación de determinados bienes jurídicos de especial connotación social. Lo cual encuentra arraigo constitucional en el hecho de que nuestra Carta Política no prohíba un modelo ético único, pues, según se vio, la pluralidad de pensamiento y el respeto a la diferencia campean cual coordenadas rectoras de las instituciones del Estado y de las relaciones entre los particulares y las autoridades públicas. Es decir, respetando el pensamiento que cada cual pueda tener sobre la forma de hacer efectivo su deber de solidaridad, el Congreso prevé un estímulo que resulta válido frente a la efectiva defensa de los derechos e intereses colectivos, el cual resulta proporcionado al tenor de los topes limitativos del monto del incentivo a decretar judicialmente. De suerte tal que, a tiempo que el demandante reporta un beneficio para sí, la sociedad misma se siente retribuida con la efectiva reivindicación de sus derechos e intereses colectivos.

“El esquema de incentivar con estímulos económicos la colaboración de los ciudadanos con la justicia no es rara y su aplicación más relevante se encuentra en el derecho penal.

“El incentivo económico es una manera de compensar la carga que asume el demandante, pues de no existir sería una carga desproporcionada para quien inicia la acción.”

También se señaló que:

“La Corte se pregunta ahora: ¿quién debe pagar el monto del incentivo decretado por el juez de la acción popular, tanto el del artículo 39, como del 40 de la ley 472 de 1998.

“Sin lugar a dudas este monto debe pagarlo la persona que atentó o vulneró el correspondiente derecho o interés colectivo, pues, no sería lógico ni jurídico que en la perspectiva de proteger derechos e intereses vinculados al cumplimiento de las tareas estatales, sea el mismo Estado quien deba soportar una erogación con ocasión de un proceso en el que se demostró la responsabilidad de un tercero. Es apenas obvio que cada cual debe responder por los efectos nocivos de su propia conducta, lo cual, a más de ser justo y necesario, resulta ampliamente pedagógico en la esfera de las políticas preventivas del Estado sobre derechos e intereses colectivos. Por consiguiente, el monto total del incentivo determinado por el juez debe pagarlo la persona que atentó o vulneró el correspondiente derecho o interés colectivo. Lo que a su vez guarda consonancia con lo afirmado por esta Corporación en sentencia C-088 de 2000”⁸¹.

En estos términos dejo sustentada mi aclaración de voto.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

⁸¹ Corte Constitucional. Sentencia C-459 de 2004. M. P. Jaime Araujo Rentarías.