

RECURSO DE APELACIÓN EN ACCIÓN POPULAR - Carencia actual de objeto por hecho superado y daño consumado / VULNERACIÓN DEL DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA - En el marco de los Convenios Interadministrativos del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 / CONVENIO DE COOPERACIÓN - Suscrito entre Parques Nacionales Naturales, el INCODER y la Fundación Fondo de Apoyo a la Biodiversidad y las Áreas Protegidas de Colombia con el objeto de contribuir con la conservación del patrimonio natural y cultural de los bienes baldíos que conforman las islas del Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo y el Parque Natural Los Corales del Rosario

[L]a Sala considera (...) que los hechos (...) supuestamente constitutivos de una amenaza o vulneración a los derechos colectivos (...) desaparecieron una vez feneció el convenio de cooperación (...) puesto que tienen origen en el cumplimiento de dicho convenio. (...) [S]i bien la Fundación es una entidad descentralizada por servicios de carácter mixta (...) la circunstancia de que algunos bienes muebles adquiridos con recursos públicos pudieran permanecer bajo su control de manera indefinida podría ponerlos en riesgo, en particular frente a una eventual disolución y liquidación de aquella. (...) los hechos acreditados permiten concluir que efectivamente fue vulnerado el [derecho] relacionado con la moralidad administrativa. (...) Frente a la supuesta vulneración del derecho en cuestión, fundada en que el convenio de cooperación (...) estuvo amparado en una normativa inaplicable, (...) no considera la Sala que dicho convenio haya estado sometido a las reglas de esa disposición [al artículo 355 de la Constitución Política] ni tampoco a los Decretos 777 de 1992, 1403 de 1992 y 2459 de 1993 que la desarrollaron, razón por la cual, (...) el cargo no prospera (...).

CONVENIOS DE COOPERACIÓN - Suscritos entre un Ministerio, un establecimiento público y una entidad descentralizada por servicios de carácter mixto / CONVENIO INTERADMINISTRATIVO SUSCRITO CON PERSONA JURÍDICA SIN ÁNIMO DE LUCRO - El cobro a favor de la fundación sobre las sumas de dinero administradas tiene justificación legítima / VULNERACIÓN DEL DERECHO COLECTIVO A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO

Frente a la supuesta vulneración del derecho [a la moralidad administrativa], fundada en que el convenio de cooperación (...) le permitió a la Fundación el ejercicio de funciones y facultades que contradicen las finalidades de una persona jurídica sin ánimo de lucro –particularmente porque se pactó el cobro a favor de la Fundación del 7.5% sobre las sumas de dinero que ella administraba–, observa la Sala (...) [que] de acuerdo con (...) el artículo 9 de los estatutos de la Fundación, las sumas que aquella cobraba por concepto del “overhead” (...) se incorporaban a su patrimonio y en ningún momento – al menos no existe evidencia – las utilidades de las actividades desarrolladas por aquella fueron repartidas entre sus miembros. (...) no [se] configura el elemento objetivo para deducir la vulneración del derecho a la moralidad administrativa y, por el contrario, (...) considerando el objeto de esa organización, tenía una justificación legítima acorde con el ordenamiento jurídico. En virtud de lo anterior, el cargo no prospera. (...) No obstante lo anterior, la Sala sí declarará que el derecho [a la defensa del patrimonio público] sigue siendo amenazado por cuenta de que no se encuentra acreditado en el proceso, cuál fue el destino final de los bienes adquiridos por la Fundación para dar cumplimiento al Plan de Acción Integral, razón por la cual ordenará, si no se ha hecho ya, su restitución.

RECURSOS DERIVADOS DE LA TENENCIA TRANSITORIA DE BIENES BALDÍOS DEL ESTADO - Hacen parte del Presupuesto General de la Nación / INOBSERVANCIA DE NORMAS PRESUPUESTALES - El INCODER le dio una destinación específica, no contemplada en el ordenamiento jurídico, a

recursos derivados de la tenencia transitoria de bienes baldíos / VULNERACIÓN DEL DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA - EI INCODER tenía a cargo obligaciones de dar que no contaban con certificado de disponibilidad presupuestal, registro presupuestal ni autorización del CONFIS

[L]a Sala evidencia que en el convenio de cooperación (...) se acordó que los cánones de arrendamiento de los contratos suscritos por el INCODER serían consignados directamente en la cuenta que (...) estableciera la Fundación, situación que impidió que dichos recursos, que eran propios del Presupuesto General de la Nación –por tratarse de ingresos derivados de la tenencia transitoria de bienes baldíos del Estado–, se integraran al mismo a través de alguna cuenta autorizada (...). Los recursos en cuestión eran ingresos propios de dicho establecimiento público y provenían de la tenencia transitoria de bienes baldíos respecto de los cuales aquél no era su titular sino solo la entidad que los administraba, situación perfectamente conocida por los funcionarios del INCODER. Lo anterior acarrió no solo que la obligación de “dar” del INCODER, que tuvo como objeto el aporte representado en el valor de los referidos cánones de arrendamiento, para el año 2006 no estuviera respaldada con el certificado de disponibilidad presupuestal ni con el registro presupuestal correspondiente, sino, además, que el cumplimiento de esa misma obligación durante las vigencias de los años 2007 a 2010 no contara con la autorización del CONFIS, irregularidades que, se reitera, implicaron que se inobservaran normas presupuestales sobre la ejecución del Presupuesto General de la Nación, las cuales tenían incidencia directa en la remuneración de las obligaciones de “hacer” en cabeza de la Fundación.

VULNERACIÓN DEL DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Elemento objetivo y elemento subjetivo / INCENTIVO ECONOMICO EN ACCIÓN POPULAR - Derogado / COSTAS - No procede

[M]ientras que la transgresión de la normativa presupuestal en los términos indicados permite acreditar el elemento objetivo de la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el elemento subjetivo se deduce de la circunstancia de que en el marco de las reuniones del Comité Directivo, pese a que el INCODER era consciente de que los recursos provenientes de los cánones de arrendamiento de bienes baldíos hacían parte del Presupuesto General de la Nación, consintió en que los mismos eludieran normas presupuestales, terminando siendo afectos a una destinación específica no contemplada en el ordenamiento jurídico. (...) La Sala no reconocerá el incentivo que otrora establecía el artículo 40 de la Ley 472 de 1998 y que fue derogado por la Ley 1425 de 2010 (...) No se condenará en costas teniendo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 472 de 1998, no se encuentra acreditado que el demandante haya presentado la acción popular temerariamente o de mala fe.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 355 / LEY 472 DE 1998 - ARTÍCULO 36 / LEY 472 DE 1998 - ARTÍCULO 40 / LEY 489 DE 1998 – ARTÍCULO 95 / LEY 1152 DE 2007 / DECRETO 777 DE 1992 / DECRETO 1403 DE 1992 / DECRETO 2459 DE 1993 / DECRETO 216 DE 2003

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá, D.C., catorce (14) de junio de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 25000-23-37-000-2010-02552-01(AP)

Actor: CAMILO ARAQUE BLANCO

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL Y OTROS

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia de 3 de diciembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. La demanda y sus fundamentos fácticos y jurídicos

El señor Camilo Araque Blanco, en ejercicio del medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos, interpuso demanda el 23 de junio de 2010¹ en contra del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural² (en adelante también “el INCODER”), la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales (en adelante también “la UAESPNN”) y la Fundación “Patrimonio Natural Fondo para la Biodiversidad y Áreas Protegidas” (en adelante también “la Fundación”), con el fin de que se accediera a las siguientes pretensiones (se transcribe de forma literal, incluidos los eventuales errores):

“1. Que se tutelen los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, contemplados en el artículo 88 de la Constitución Política, y el artículo 4, literales b) y e) de la Ley 472 de 1998.

“2. Como consecuencia de lo anterior, se adopten todas las medidas necesarias para que los dineros percibidos, producto de los cánones de arrendamiento de los predios ubicados en el archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo, en el Departamento de Bolívar, dejen de ser administrados por parte FUNDACIÓN PATRIMONIO NATURAL FONDO PARA LA BIODIVERSIDAD Y AREAS PROTEGIDAS, en virtud del convenio de cooperación N° 122 de octubre 18 de 2006, suscrito con el INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL – INCODER –, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA DE PARQUES NACIONALES – UAESPNN – y la FUNDACIÓN PATRIMONIO NATURAL FONDO PARA LA

¹ Folios 1-45, c. 1.

² Es importante advertir que, con posterioridad a la interposición de la demanda, mediante el Decreto-ley 2365/15, fue suprimido el INCODER y se ordenó su liquidación. A su turno, los Decretos-leyes 2363/15 y 2364/15 crearon, en su orden, la Agencia Nacional de Tierras y la Agencia de Desarrollo Rural, entidades con las que las referencias normativas hechas al INCORA o al INCODER deben entenderse respecto de dichas agencias, en relación con los temas de ordenamiento social de la propiedad rural y de desarrollo agropecuario y rural, respectivamente. En este punto es importante advertir que el despacho, mediante auto de 7 de noviembre de 2017 [Folios 725 a 726, c. 2], tuvo a la Agencia Nacional de Tierras como sucesor procesal del INCODER.

BIODIVERSIDAD Y AREAS PROTEGIDAS y en su lugar lo haga de manera exclusiva el INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL – INCODER –, en observancia a sus competencias y funciones legales.

“3. Se devuelva la totalidad de los recursos públicos existentes percibidos por concepto de los cánones de arrendamiento de los predios ubicados en el archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo, en el Departamento de Bolívar, por parte de la FUNDACIÓN PATRIMONIO NATURAL FONDO PARA LA BIODIVERSIDAD Y AREAS PROTEGIDAS desde la entrada en vigencia del convenio de cooperación N° 122 de octubre 18 de 2006, suscrito con el INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL – INCODER –, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA DE PARQUES NACIONALES – UAESPNN – y la FUNDACIÓN PATRIMONIO NATURAL FONDO PARA LA BIODIVERSIDAD Y AREAS PROTEGIDAS, y sean enviados de manera improrrogable al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a la Dirección General del Presupuesto Público Nacional y a la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional, en atención a los trámites administrativos correspondientes.

“4. Se obligue al INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL – INCODER –, a consignar y reportar todos estos recursos públicos por concepto de los cánones de arrendamiento de los predios ubicados en el archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo, en el Departamento de Bolívar, de ahora en adelante, a las cuentas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a la Dirección General del Presupuesto Público Nacional y a la Dirección General del Crédito Público y del Tesoro Nacional, y se incluyan en el Presupuesto Nacional como ingresos de la entidad, impidiendo la destinación específica presentada hasta el momento, tal como lo prohíbe la Constitución Política y demás disposiciones complementarias, por ser este un Establecimiento Público de orden Nacional.

“5. En caso de acogerse las pretensiones aquí consignadas, se ordene la conformación de un comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia, integrado por el señor (a) juez, las partes, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

“6. Que las partes demandadas otorguen una garantía bancaria o póliza de seguros por compañías autorizadas por la Superintendencia Financiera, por el monto que determine el señor (a) juez de instancia, para garantizar lo dispuesto en la sentencia.

“7. Se me reconozca el incentivo económico al que se refiere el artículo 40° de la Ley 472 de 1998”.

Como fundamento de sus pretensiones, el actor alegó la vulneración o amenaza de los derechos colectivos consagrados en los literales b)³ y e)⁴ del artículo 4 de la Ley 472 de 1998 y expuso los hechos que se sintetizan a continuación:

- El 18 de octubre de 2006, el INCODER, la UAESPNN y la Fundación suscribieron el convenio de cooperación No. 122, cuyo objeto, según la

³ La moralidad administrativa.

⁴ La defensa del patrimonio público.

cláusula primera, consistió en (se transcribe de forma literal, incluidos los eventuales errores):

“OBJETO DEL CONVENIO. El presente convenio tiene por objeto aunar esfuerzos técnicos, operativos y financieros tendientes a integrar los procesos de planificación y gestión de LA UNIDAD, EL INCODER y LA FUNDACIÓN en el territorio integrado por los bienes baldíos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo y el Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y de San Bernardo, con el fin de promover procesos de ordenamiento ambiental del territorio que contribuyan a la conservación del patrimonio natural y cultural, a disminuir la presión sobre los ecosistemas y a la utilización racional de los bienes y servicios ambientales asociados a dichas zonas; así como la administración, vigilancia y control de las mismas”.

- El mismo convenio estableció en la cláusula tercera (se transcribe de forma literal, incluidos los eventuales errores):

“CLÁUSULA TERCERA- APORTES: El aporte del INCODER está representado en las sumas de dinero recibidas por concepto de cánones de arrendamiento de los bienes baldíos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo el cual asciende aproximadamente a la suma de CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS MCTE (\$400.000.000.00) por los tres (3) años de duración del convenio, aporte que podrá ser superior en desarrollo de la vigencia del convenio. El aporte de LA UNIDAD está representado en infraestructura, personal técnico y profesional calificado que desarrollará actividades de control y vigilancia en el marco del presente convenio y en equipos náuticos y su mantenimiento, aporte estimado en la suma de CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS PESOS M/L (\$54'157.500) por cada año de duración del convenio aproximadamente, de conformidad con la certificación de contrapartida expedida por la Dirección Territorial Caribe de LA UNIDAD. El aporte de LA FUNDACIÓN, se encuentra representado en dos (2) profesionales de la Fundación contratados con recursos de contrapartida de los proyectos Gef y Holanda, valorados en la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS (3.400.000) mensuales para un total de TRECE MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$13.600.000) por el resto del año 2006 y CUARENTA MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$40.800.000) por cada año de duración del convenio.

“PARÁGRAFO PRIMERO: El aporte en efectivo del INCODER se encuentra sometido al cumplimiento de los plazos establecidos para el pago de los cánones de los contratos de arrendamiento vigentes y que lleguen a suscribirse durante la ejecución del presente convenio en relación a los bienes baldíos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo; con cargo a estos recursos se podrán cargar costos por concepto de Plan de Manejo del Parque, acciones y/o operaciones de control, vigilancia, conservación y mantenimiento, proyectos de ecoturismo, estudios e investigaciones de carácter ambiental que se requieran para el desarrollo de las actividades tendientes a la conservación y mantenimiento de los bienes objeto del convenio; y las demás que el Comité apruebe y que se encuentren dentro del objeto del presente Convenio.

“PARÁGRAFO SEGUNDO: Las sumas de dinero percibidas por concepto de cánones de arrendamiento de los bienes baldíos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo y que constituyen el aporte del INCODER, serán consignadas en la cuenta que para tal fin establezca LA FUNDACIÓN, de manera directa por parte de los arrendatarios, de acuerdo con lo pactado en los respectivos contratos de arrendamiento.

“PARÁGRAFO TERCERO: Para todos los efectos legales, LA FUNDACIÓN será la encargada de administrar las sumas de dinero que conforman el aporte del INCODER y de controlar mensualmente que efectivamente cada arrendatario haya efectuado el pago por concepto de canon de arrendamiento.

“PARÁGRAFO CUARTO: LA FUNDACIÓN descontará por concepto de administración de los recursos entregados por el INCODER, un overhead del 7.5% del total de los recursos efectivamente girados, en forma mensual.

“PARÁGRAFO QUINTO: Los rendimientos financieros que se generen en desarrollo del convenio, podrán ser reinvertidos en la ejecución del objeto del convenio y los recursos no ejecutados a la finalización del convenio deberán ser devueltos al INCODER”.

- En relación con las acciones u omisiones que vulneran los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, el actor popular planteó lo siguiente:
 - Que, sin importar que la Fundación tuviera aportes de entidades públicas estatales, se rige por normas de derecho privado, razón por la cual las facultades de las que aquella fue investida, concernientes al recaudo y administración de recursos públicos, en virtud del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, podían ser ejercidas por dicha entidad sin ánimo de lucro sin ningún tipo de limitación ni control, como sucede, por ejemplo, con el cobro, por concepto de administración de los recursos del 7.5% mensual de los valores que constituyen el aporte del INCODER en dicho convenio. Lo anterior, concluyó, acarrea la vulneración por acción de los referidos derechos colectivos.
 - Que el convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, de una parte, no está cobijado por ninguna de las excepciones establecidas en las normas que desarrollaron el artículo 355 de la Constitución Política – es decir, los Decretos 777 y 1403 de 1992 y 2459 de 1993 – puesto que, al incorporar una contraprestación directa a favor de una entidad pública, debía haberse celebrado con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro; y, de otro lado, no satisfizo algunos de los requisitos exigibles en las normas de vigentes, como lo son: los estudios, documentos y permisos previos, la autorización del CONFIS para que se comprometieran recursos que eran objeto de vigencias futuras, el certificado de disponibilidad presupuestal y el registro presupuestal. Lo anterior, concluyó, acarreó la vulneración por omisión de los derechos colectivos antedichos.
 - De acuerdo con el actor popular, los recursos que por concepto del canon de arrendamiento pagan al INCODER los arrendatarios de los predios ubicados en el archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo y que por virtud del convenio en cuestión constituyen un aporte dentro del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006 deben ingresar

al Presupuesto General de la Nación y no son susceptibles de recibir una afectación y destinación específica, salvo que así lo hubiera determinado un órgano de representación popular. Lo anterior, concluyó, acarrea la vulneración por acción de los derechos colectivos invocados.

- El actor popular agregó que las vulneraciones que expuso tienen relación de causalidad con el convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, en particular se refirió a la cláusula tercera, suscrito entre quienes fueron demandados en el proceso.

2. La admisión y las contestaciones de la demanda

El Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá D.C.⁵, al encontrar reunidos los requisitos legales de la acción popular, admitió la demanda interpuesta mediante auto de 29 de junio de 2010⁶ y ordenó la notificación⁷ de las demandadas y de la Defensoría del Pueblo. En relación con las demandadas, únicamente la UAESPNN y la Fundación presentaron contestación en los siguientes términos:

2.1. La UAESPNN

La UAESPNN contestó la demanda el 2 de agosto de 2010⁸ e indicó que, salvo por los antecedentes del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006 y por la cláusula relativa a su objeto, no le consta ninguno de los demás hechos.

Asimismo, se opuso a las pretensiones de la demanda con base en los argumentos que se sintetizan a continuación:

- En ninguna parte de la demanda se le imputa a la entidad responsabilidad alguna por acción u omisión por la presunta violación de los derechos e intereses colectivos invocados, como consecuencia de la celebración del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, la forma en la que el INCODER determinó los aportes que realizaría ni tampoco la labor de la UAESPNN dentro de la Fundación.
- El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, a través de la UAESPNN, no ha descuidado ni omitido el cumplimiento de las funciones que le han sido atribuidas, en aras de proteger las áreas de especial importancia ambiental en las islas de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo, concretamente se refirió a la administración y manejo de las áreas correspondientes al Sistema de Parques Nacionales.
- Dado que la causación mensual de los recursos correspondientes a los cánones de los referidos contratos de arrendamiento no había ocurrido para cuando fue suscrito el convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, no existía ningún impedimento para que la Fundación recibiera dichos

⁵ Aun cuando el Juzgado 2 Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá D.C. había admitido la demanda, posteriormente, mediante auto de 2 de agosto de 2010 [Folios 100 a 101, c. 1], remitió el proceso al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, arguyendo que la Ley 1395 de 2010 modificó la Ley 472 de 1998 frente a la competencia para conocer de las acciones populares contra entidades del orden nacional.

⁶ Folios 90 a 94, c. 1.

⁷ En el auto de 26 de octubre de 2010 [Folios 143 a 157, c. 1], mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca avocó conocimiento del proceso, se ordenó, entre otras cosas, que se realizara la notificación por aviso a la Fundación.

⁸ Folios 102 a 125, c. 1.

recursos a nombre del INCODER y los ejecutara de acuerdo con las órdenes del Comité Directivo del convenio, del cual hacen parte funcionarios públicos.

- La ejecución del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006 no es libérrima y está subordinada a los controles de auditoría pactados en aquel, así como también al control de la Contraloría General de la República. En este punto agregó que la Fundación es una persona jurídica diferente de las entidades públicas que la conforman y tiene dentro su objeto social la administración de bienes y servicios del Estado, lo cual la hace sujeto del control fiscal del organismo de control antedicho.
- La naturaleza de los recursos estatales en cuestión no muta y a ellos les resulta aplicable la normativa estatal intrínseca, en particular, la atinente a la selección objetiva de los contratistas coadyuvantes del cumplimiento de los objetivos del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006.

En este punto agregó que, frente a la necesidad de solucionar la problemática sobre la forma en que se administrarían los referidos contratos de arrendamiento y se recaudarían los cánones respectivos, fue suscrito el convenio en cuestión, de acuerdo con lo establecido por el artículo 355 de la Constitución Política y la Ley 489 de 1998, encontrándose acreditado que tanto la Fundación como las entidades públicas y privadas⁹ que la integran tienen la idoneidad en materia ambiental, todo lo cual aseguraba la satisfacción de las finalidades perseguidas con la suscripción de dicho convenio, en particular, respecto del área protegida.

- El “*overhead*” no tiene ningún componente extralegal o exorbitante y corresponde a la cobertura de unos costos básicos – *dentro de los que señala se encuentran las sumas causadas con motivo del desarrollo de la actividad atribuible a la entidad sin ánimo de lucro, que denomina ‘gastos propiamente administrativos’*” – ocasionados con la ejecución del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, costos que en todo caso resultan ser inferiores a los gastos en los que incurriría el INCODER si este asumiera *motu proprio* las actividades vinculadas con los contratos de arrendamiento y su cumplimiento.
- Presentó unos resultados a octubre de 2009 y al primer semestre del 2010, los que, según afirma, fueron obtenidos a favor del área protegida de acuerdo con el “Plan de Acción Integral” formulado para el convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, y los clasifica en dos objetivos estratégicos, cada uno subdividido a su turno en objetivos específicos contentivos cada uno de las específicas actividades desarrolladas. La UAESPNN se vale de estos resultados para demostrar que, en virtud del referido convenio, las acciones realizadas son satisfactorias y contribuyen a la preservación del patrimonio ambiental de la zona y la protección del ecosistema.

2.2. La Fundación

La Fundación contestó la demanda¹⁰ el 2 de noviembre de 2010 e indicó que no es cierto que no exista ningún criterio para la administración de los recursos del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006 y que, por el contrario, aquella, de una parte, está subordinada al reglamento de funcionamiento aprobado por el Comité Directivo de aquel y a sus orientaciones impartidas con

⁹ Menciona a la UAESPNN, el Instituto de Investigación “Alexander Von Humboldt”, la Asociación Red Colombiana de reservas Naturales de la Sociedad Civil, la Fundación Natura, el Centro de Investigación CIPAV, Asocars y la Universidad Javeriana.

¹⁰ Folios 161 a 192, c. 1.

ocasión del plan de acción integrado, definido y aprobado para los efectos de la ejecución de dicho convenio; y, de otro lado, es sujeto del control fiscal de la Contraloría General de la República.

Agregó que tampoco es cierto que la Fundación se hubiera creado con la finalidad de asumir la administración de los recursos procedentes de los contratos de arrendamiento sobre los islotes del archipiélago de Islas del Rosario y que, por el contrario, dicha entidad sin ánimo de lucro fue creada por iniciativa de la UAESPNN ante el Fondo Mundial para el Medio Ambiente¹¹, como producto de una alianza entre actores ambientales públicos y privados, cuyo principal objeto consiste en la búsqueda, consecución, gestión, administración, canalización y asignación de recursos financieros dirigidos hacia diversos tipos de áreas protegidas y estrategias de orden ambiental¹².

Asimismo, se opuso a las pretensiones de la demanda con base en los mismos argumentos de la contestación presentada por la UAESPNN.

3. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

Habiéndose declarada fallida la audiencia de pacto de cumplimiento el 8 de junio de 2011¹³ y recaudadas todas las pruebas decretadas, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto de 30 de abril de 2014¹⁴, corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, oportunidad dentro de la cual únicamente se pronunciaron la Fundación y la UAESPNN – para ese momento *“Parques Nacionales Naturales de Colombia”* –.

La Fundación¹⁵ reiteró los argumentos que expuso en la contestación de la demanda y agregó:

- Que debía tenerse en cuenta el artículo 4 de la Resolución No. 044 de 2008 de la Unidad Nacional de Tierras Rurales, que al reglamentar la ocupación y aprovechamiento de los terrenos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y de San Bernardo, estableció que el canon se pagaría anticipadamente a la Fundación por períodos mensuales, semestrales o anuales, dentro de los primeros cinco (5) días hábiles del correspondiente lapso.
- Que la Fundación ejecutó el convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006 hasta junio de 2010, de conformidad con el plan de acción integral propuesto por el Comité Directivo de dicho convenio y los lineamientos pactados, cuya finalidad era la protección de los derechos colectivos y del ambiente de todos los colombianos, a través de acciones que propendieron por la protección de la diversidad e integridad del ambiente, la conservación del área protegida y el fomento de la educación de sus habitantes para el logro de dichos fines.

¹¹ GEF por sus siglas en inglés (Global Environment Facility).

¹² En este punto, la UAESPNN presentó unos resultados a octubre de 2009 y durante el primer semestre del 2010, los que afirma fueron obtenidos a favor del área protegida de acuerdo con el *“Plan de Acción Integral”* formulado para el convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, y los clasifica en dos objetivos estratégicos, cada uno subdividido a su turno en objetivos específicos contentivos cada una de las específicas actividades desarrolladas. La UAESPNN expuso estos resultados para demostrar que, en virtud del referido convenio, las acciones realizadas son satisfactorias y contribuyen a la preservación del patrimonio ambiental de la zona y la protección del ecosistema.

¹³ Folios 282 a 285, c. 1.

¹⁴ Folios 542 a 543, c. 1.

¹⁵ Folios 544 a 562, c. 1.

Subrayó en este punto que el recaudo de los recursos objeto del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006 lo hacía el INCODER y que estos no entraban al Ministerio de Hacienda.

- Que, según se informó en la audiencia de pacto de cumplimiento, la Fundación devolvió al INCODER todos y cada uno de los recursos no ejecutados relacionados con el convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, de lo cual aportó un documento en el que indicó que se demostraba la transferencia realizada.

La UAESPNN¹⁶ reiteró en general los argumentos expresados en la contestación de la demanda y agregó que el convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006 contribuyó a la consecución de los derechos colectivos y sirvió para adelantar proyectos comunitarios, controlar la ocupación indebida de las islas, capacitar a las comunidades en materia de educación ambiental, realizar la recuperación de los ecosistemas degradados, entre muchas acciones que permitieron la conservación de un ecosistema estratégico para el país.

El Ministerio Público guardó silencio.

4. La sentencia impugnada¹⁷

El 3 de diciembre de 2015 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia y negó las pretensiones de la demanda, en la medida en que no se acreditó la vulneración de los derechos invocados en ella; asimismo, negó el reconocimiento del incentivo económico con fundamento en la posición unificada de esta Corporación de 3 de septiembre de 2013.

La decisión en cuestión tuvo como fundamento las siguientes consideraciones:

- Se destacó que para la fecha en que fue celebrada la audiencia de pacto de cumplimiento, el convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006 ya se encontraba terminado y sus obligaciones habían sido cumplidas a cabalidad por las partes.
- Se indicó que no existió ningún favorecimiento de las entidades públicas al suscribir con la Fundación el convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, dada su naturaleza de entidad sin ánimo de lucro y su dominio de los temas relacionados con el objeto de dicho convenio¹⁸.

¹⁶ Folios 564 a 566, c. 1.

¹⁷ Folios 598 a 664, c. 2. En esta providencia se decidió lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluidos los eventuales errores):

“PRIMERO: NIÉGANSE las pretensiones del señor CAMILO ARAQUE BLANCO, al no encontrarse probada la vulneración a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa al patrimonio público de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

“SEGUNDO: NIÉGASE el reconocimiento del incentivo económico reclamado por el señor CAMILO ARAQUE BLANCO por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

“(…)”

“SEXTO: Para los fines previstos en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998, REMÍTASE al Defensor del Pueblo copia de la presente decisión”.

¹⁸ Se señaló que la Fundación es de carácter mixto, conformada por la UAESPNN, el Instituto de Investigación de Recursos Biológicos “Alexander Von Humboldt”, la Asociación Red Colombiana de Reservas Naturales de la Sociedad Civil, la Fundación Natura, el Centro para la Investigación en Sistemas Sostenibles de Producción Agropecuaria – CIPAV –, la Asociación de Corporaciones Autónomas Regionales – ASOCARS – y la Pontificia Universidad Javeriana.

Sostuvo en este punto, de una parte, que la Fundación fue creada a través de un proyecto de la UAESPNN para responder a tres cuestiones: la responsabilidad para proteger la biodiversidad del país, las restricciones financieras de las áreas protegidas del país y el proceso de conformación de un Sistema de Parques Nacionales Naturales; y, de otro lado, que, de acuerdo con el estudio de conveniencia y oportunidad para la suscripción del convenio antedicho, el INCODER no contaba con los recursos ni con la infraestructura ni con el personal que le permitiera la adecuada administración, vigilancia, control, mantenimiento y conservación de los terrenos baldíos reservados al Estado – *en este caso las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo* –, contrario a lo que sucedía con la Fundación que sí tenía la infraestructura física, logística y técnica para cumplir con el objeto del convenio.

- En relación con el cuestionamiento relativo a la inexistencia de controles sobre los recursos que constituyeron el aporte del INCODER en el convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, el *a quo* reconoció que, si bien la Fundación ejecutaba los recursos recaudados como consecuencia del pago de los cánones de arrendamiento de los predios ubicados en las Islas del Rosario, carecía de la capacidad para disponer libremente de ellos, en la medida en que, de una parte, la ejecución debía realizarse de conformidad con las orientaciones del Comité Directivo de dicho convenio¹⁹, en concordancia con lo que establecía el Reglamento del Comité Operativo de aquel; y, de otro lado, se acreditó el permanente seguimiento al recaudo y ejecución de esos recursos, a través de las actas aportadas al expediente en las que se hicieron constar las reuniones periódicas de los Comités Directivo y Técnico del convenio.
- Frente al “*overhead*”, el *a quo* indicó que se trató de los gastos en los que incurría la Fundación en la administración del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006 y que aquella no estaba en la obligación de soportar sin ninguna contraprestación las cargas de dicho convenio.

5. La apelación

El demandante²⁰ interpuso recurso de apelación contra la sentencia del *a quo*, con el argumento de que ignoró las disposiciones aplicables en materia de los contratos suscritos con personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Sobre este punto indicó, de una parte, que la Corte Constitucional “*ha sido enfática en limitar esta forma de vinculación como lo son los convenios de cooperación, en relación con la llamada función administrativa*”; y, de otro lado, que los decretos que desarrollaron el artículo 355 de la Constitución Política prohibieron la suscripción de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro cuando impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, en la medida en que los mismos podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas de contratación vigentes.

También señaló que, a través del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, se le permitió a la Fundación el ejercicio de funciones propias de una entidad financiera inmobiliaria, dadas las facultades de administración de recursos públicos y el cobro del 7.5% sobre las sumas de dinero administradas, lo cual contradice las finalidades de una persona jurídica sin ánimo de lucro, en las

¹⁹ Conformado por los delegados del INCODER, UAESPNN y la Fundación, este último con voz, pero sin voto.

²⁰ Folios 665 a 670, c. 2.

que se desataca su función social, el servicio altruista y desinteresado y el compromiso humanitario con el interés general.

Finalmente destacó que, con ocasión de la interposición de la acción popular, los demandados terminaron el convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, el cual, además de haber permitido una desviación de recursos públicos para favorecer una fundación privada, fue suscrito sin el lleno de los requisitos legales, tales como el certificado de disponibilidad presupuestal, el registro presupuestal y todos los demás indicados en la demanda.

6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público en segunda instancia

Esta Corporación admitió el recurso de apelación mediante auto de 5 de abril de 2017²¹ y corrió traslado a las partes para alegar de conclusión por auto de 12 de diciembre de 2017²², oportunidad dentro de la cual se pronunciaron únicamente la Agencia Nacional de Tierras²³ y la Fundación²⁴.

El Ministerio Público guardó silencio.

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Teniendo en cuenta que se trata de una acción popular tramitada en vigencia del CCA, de conformidad con los artículos 129²⁵ y 132.14²⁶ de dicho estatuto, esta Corporación es competente para su conocimiento por haber sido decidida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Además, en esta Corporación, por virtud de lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo 080 de 2019 – *compilatorio del reglamento del Consejo de Estado* – que distribuyó el reparto de los distintos asuntos con base en criterios de especialización y volumen de trabajo, a la Sección Tercera le corresponde el conocimiento de las acciones populares que versen sobre asuntos contractuales y aquellas relacionadas con el derecho a la moralidad administrativa, derecho este que fue invocado en la demanda.

2. Los motivos de la apelación

Teniendo en cuenta la jurisprudencia de esta Corporación²⁷, la Sala abordará el estudio de los derechos e intereses colectivos cuya amenaza y/o vulneración

²¹ Folios 688 a 689, c. 2.

²² Folio 729, c. 2.

²³ Folios 757 a 758, c. 2.

²⁴ Folios 770 a 779, c. 2.

²⁵ "CCA. Artículo 129. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. Subrogado por el art. 37 de la Ley 446/98. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión.
“(…)”.

²⁶ "CCA. Artículo 132. Competencia de los Tribunales Administrativos en primera instancia. Subrogado por el art. 40 de la Ley 446/98. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:
“(…)”.

"14. Adicionado por el art. 57 de la Ley 1395/10. De las acciones populares y de cumplimiento que se interpongan contra entidades del nivel nacional”.

²⁷ Esta Corporación, en materia de acciones populares, ha señalado que cuando el juez de segunda instancia advierta o encuentre probada una vulneración de los derechos colectivos o una

encuentre acreditada, así como también de aquellos que se plantean en la demanda como transgredidos por los hechos invocados, todo con el objeto de proteger en mejor medida tales derechos.

3. Lo acreditado en el proceso

3.1. En relación con la Fundación

– De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal²⁸ de la Fundación, esta fue constituida por acta de 15 de diciembre de 2005 – *diez (10) meses y dos (2) días antes de la celebración del convenio No. 122, suscrito el 18 de octubre de 2006* – con el nombre de “Fundación Fondo de Apoyo a la Biodiversidad y las Áreas Protegida de Colombia”, nombre que cambió el 19 de diciembre de 2006 por el de “Patrimonio Natural Fondo para la Biodiversidad y Áreas Protegidas”.

– Según se desprende de los artículos 1 y 4 de los estatutos de la Fundación²⁹, aprobados el 15 de diciembre de 2005, esta tiene una conformación mixta (se transcribe de forma literal, incluidos los eventuales errores):

“ARTÍCULO 1: Nombre y Naturaleza: La entidad que por medio de estos Estatutos se reglamenta es una persona jurídica de utilidad común de las que trata el Título XXXVI del Libro I del Código Civil, sujeta a las reglas del derecho civil, y con plena capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones que desarrollen su objeto social. Se constituye como una Fundación sin ánimo de lucro, creada, organizada y regida por las Leyes Colombianas, en especial, por los artículos 633 a 652 del Código Civil, y con arreglo a lo previsto en el Artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en tanto es una entidad de participación mixta. La Fundación aquí regulada se denominará FUNDACIÓN FONDO DE APOYO A LA BIODIVERSIDAD Y LAS ÁREAS PROTEGIDAS DE COLOMBIA, en adelante en estos estatutos LA FUNDACIÓN.

“LA FUNDACIÓN se sujetará en su funcionamiento, operación y administración a la legislación nacional Colombiana, en particular a las normas civiles y comerciales pertinentes, y a las disposiciones aplicables que regulen el Sistema Nacional de Áreas Protegidas SINAP, sin perjuicio de las competencias que como coordinador de dicho sistema le corresponden a la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, de conformidad con el numeral 1 del artículo 19 del Decreto Ley 216 de 2003.

“(…)

“ARTÍCULO 4: Fundadores: LA FUNDACIÓN fue constituida por voluntad y disposición patrimonial de la Nación, a través de la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, por el

deficiente protección por parte del juez de primera instancia, debe apartarse de lo planteado en el recurso de apelación y proferir un fallo más allá o por fuera de lo pedido, con el objetivo de proteger en la mejor medida posible los derechos constitucionales afectados y siempre que se guarde relación con el hecho generador del daño planteado en la demanda y en términos generales con la *causa petendi*. Sala Especial de Decisión 6. Fallo de 5 de junio de 2018 [Radicado 15001-33-31-001-2004-01647-01(SU)(REV-AP)]. Ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio; Sección Tercera. Fallo de 16 de mayo de 2007 [Radicado 25000-23-25-000-2003-01252-02(AP)]. Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

²⁸ Folios 66 a 68, c. 1.

²⁹ Folios 69 a 87, c. 1.

Instituto de Investigación de Recursos Biológicos 'Alexander Von Humboldt', por la Asociación Red Colombiana de Reservas Naturales de la Sociedad Civil, por la Fundación Natura, por el Centro para la Investigación en Sistema Sostenibles de Producción Agropecuaria CIPAV, por la Asociación de Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible – ASOCARS –, y por la Pontificia Universidad Javeriana” (subrayado fuera del texto).

– El artículo 6 de los estatutos³⁰ de la Fundación estableció su objeto (se transcribe de forma literal, incluidos los eventuales errores):

“ARTÍCULO 6. Objeto Social: LA FUNDACIÓN tendrá como objeto la búsqueda, consecución, gestión, administración, canalización y asignación de recursos financieros dirigidos hacia diversos tipos de áreas protegidas y estrategias de ordenamiento ambiental del territorio para la conservación, uso y manejo sostenible de la biodiversidad, así como el apoyo al fortalecimiento de la capacidad institucional del Sistema Nacional de Áreas Protegidas de Colombia – SINAP – y de sus diferentes actores públicos y privados, con miras a contribuir a la sostenibilidad financiera de dicho Sistema”.

– En los considerandos del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006³¹ se hizo referencia a los motivos que antecedieron la constitución de la Fundación (se transcribe de forma literal, incluidos los eventuales errores):

³⁰ Folios 69 a 87, c. 1. El objeto y las actividades de la Fundación constan también en el certificado de existencia y representación legal [Folios 66 a 68, c. 1.] de aquella, en donde se indica (se transcribe de forma literal, incluidos los eventuales errores): *“La Fundación tendrá como objeto la búsqueda, consecución, gestión, administración, canalización y asignación de recursos financieros dirigidos hacia diversos tipos de áreas protegidas y estrategias de ordenamiento ambiental del territorio para la conservación, uso y manejo sostenible de la capacidad institucional del Sistema Nacional de Áreas Protegidas de Colombia SINAP y de sus diferentes actores públicos y privados, con miras a contribuir a la sostenibilidad financiera de dicho sistema. 1. Buscar, obtener, gestionar, administrar, canalizar y asignar recursos nacionales e internacionales públicos y privados, complementarios y adicionales a la inversión del Estado en áreas protegidas, dirigidas a la conservación de la diversidad biológica en territorios delimitados y protegidos bajo diferentes categorías de manejo o manejados bajo distintas estrategias de ordenamiento ambiental para la conservación, manejo y uso sostenible de la biodiversidad, que contribuyan al desarrollo del SINAP. 2. Invertir y administrar los recursos que reciba para el logro de sus fines bajo cualquier forma y portafolio autorizado a nivel nacional e internacional, con el fin de procurar una adecuada administración y el incremento y cuando menos, el mantenimiento de los recursos destinados al logro de sus propósitos. 3. Establecer y aplicar diferentes modalidades de asignación de recursos para el logro de sus fines, incluyendo modalidades de asignación reembolsables total o parcialmente, y modalidades de asignación no reembolsables, de conformidad con lo que para el efecto se defina en el reglamento operativo. 4. Apoyar, mediante la gestión, canalización, administración y asignación de recursos, la financiación de acciones de conservación in situ de la diversidad biológica de iniciativa pública o privada, en el marco de las políticas públicas del SINPA y de la legislación ambiental colombiana. 5. Aportar su capacidad y recursos para contribuir a la sostenibilidad financiera del Sistema Nacional de Áreas Protegidas SINAP. 6. Contribuir al fortalecimiento de la de la capacidad institucional de actores públicos y privados para la puesta en marcha y el desarrollo de iniciativas de conservación in situ y manejo sostenible de la biodiversidad, con arreglo a las responsabilidades y funciones que les corresponda dentro de la estructura y marco organizacional y funcional del SINAP. 7. Apoyar la coordinación entre instituciones públicas y privadas y las articulaciones de procesos locales, regionales y nacionales para el logro de objetivos nacionales de conservación in situ y en áreas protegidas y en otras formas de ordenamiento ambiental del territorio para la conservación, manejo y uso sostenible de la biodiversidad, considerando las complementariedades que correspondan al ejercicio de sus funciones y al desarrollo de sus actividades. 8. Apoyar la puesta en marcha y el desarrollo de iniciativas de conservación in situ, manejo y uso sostenible de la biodiversidad que privilegien la participación de la sociedad civil en su concepción, realización y evaluación. 9. Las demás que correspondan al logro del objeto social de la fundación”.*

³¹ Folios 46 a 52, c. 1.

“23) Que la Fundación Fondo de Apoyo a la Biodiversidad y las Áreas Protegidas se crea a través de un proyecto presentado por la Nación a través de la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, ante el GEF.

“24) Que este proyecto responde a la necesidad de contar con una entidad que de respuesta a tres factores principales: i) A la responsabilidad con que cuenta la Nación por intermedio del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, para que a nombre de la sociedad proteja la biodiversidad del país, catalogado mundialmente como uno de los cinco más megadiversos, el primero en número de aves, el segundo lugar en anfibios y plantas florecientes, el tercero en reptiles y el cuarto en mamíferos; ii) A las restricciones financieras que enfrentan las áreas protegidas del país; iii) El actual proceso de conformación de un Sistema Nacional de Áreas Protegidas, coordinado por la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, que incluya además de los Parques Nacionales, otras áreas protegidas e iniciativas de conservación públicas, privadas y colectivas, del nivel regional y local con el fin de garantizar la conservación y recoger la inmensa diversidad biológica y cultural del país.

“25) Que el carácter mixto de la FUNDACIÓN es producto de la alianza logrado efecto de un proceso entre el sector público y el sector privado, liderado por el gobierno de Colombia a través de la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Territorial, junto con el Instituto de Investigación de Recursos Biológicos ‘Alexander Von Humboldt’, la Asociación Red Colombiana de Reservas Naturales de la Sociedad Civil, la Fundación Natura, el Centro para la Investigación en Sistemas Sostenibles de Producción Agropecuaria CIPAV, la Asociación de Corporaciones Autónomas Regionales – ASOCARS – y la Pontificia Universidad Javeriana.

“(…)

“27) Que en procura del cumplimiento de su objeto, La FUNDACIÓN ejecutará el Proyecto GEF Fondos de Áreas Protegidas a través del Banco Mundial, cuyo objetivo es apoyar la consolidación del Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SINAP) a través del establecimiento del Fondo de Apoyo a la Biodiversidad y las Áreas Protegidas”.

3.2. En relación con el convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006 y su ejecución

– El convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006 fue suscrito entre la UAESPNN del Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, INCODER y la Fundación, es decir, desde la óptica de la naturaleza jurídica de los suscribientes, entre un ministerio (*a través de una de sus dependencias*³²), un establecimiento público y una entidad descentralizada por servicios³³ de carácter mixto, respectivamente.

³² Para cuando se interpuso la demanda, según lo establecía el artículo 5 del Decreto-ley 216 de 2003, modificado por el artículo 1 del Decreto-ley 3137 de 2006, la UAESPNN era una dependencia que hacía parte de la estructura del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Posteriormente, mediante el Decreto-ley 3572 de 2011, fue creada la Unidad Administrativa Especial denominada “Parques Nacionales Naturales de Colombia”, sin personería

– De acuerdo con la cláusula primera del convenio, este tuvo por objeto (se transcribe de forma literal, incluidos los eventuales errores):

“(…) aunar esfuerzos técnicos, operativos y financieros tendientes a integrar los procesos de planificación y gestión de LA UNIDAD, EL INCODER y LA FUNDACIÓN en el territorio integrado por los bienes baldíos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo y el Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y de San Bernardo, con el fin de promover procesos de ordenamiento ambiental del territorio que contribuyan a la conservación del patrimonio natural y cultural, a disminuir la presión sobre los ecosistemas y a la utilización racional de los bienes y servicios ambientales asociados a dichas zonas; así como la administración, vigilancia y control de las mismas”.

– En relación con la motivación del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006³⁴, en sus considerandos se indicó (se transcribe de forma literal, incluidos los eventuales errores):

“28) Que el INCODER no cuenta con los recursos, infraestructura física, ni con el personal que permitan la adecuada administración, vigilancia, control, mantenimiento y conservación de los terrenos baldíos reservados del Estado, indebidamente ocupados y recuperados por el INCOER, de los terrenos que conforman las Islas del Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y de San Bernardo y por el contrario LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA DE PARQUES NACIONALES NATURALES DEL MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL es una entidad que por su naturaleza cuenta con la infraestructura física, logística y técnica que permite la protección de las áreas protegidas y por su parte LA FUNDACIÓN FONDO DE APOYO A LA

jurídica, con autonomía administrativa y financiera, con jurisdicción en todo el territorio nacional, en los términos del artículo 67 de la Ley 489 de 1998.

³³ La Corte Constitucional en las sentencias C-230/95 [MP. Antonio Barrera Carbonell], C-61/97 [MP. Clara Inés Vargas Hernández] y C-219/15 [MP. Mauricio González Cuervo], indicó que, por no provenir de una creación legal – *sino de una autorización legal* –, las asociaciones y fundaciones de participación mixta se enmarcan dentro de un esquema de descentralización por servicios, bajo la denominación genérica de *“entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado”*, sometidas al mismo régimen jurídico aplicable a las corporaciones y fundaciones privadas, esto es, a las disposiciones del Código Civil y demás normas complementarias.

Dentro de ese contexto, cabe indicar que, en vigencia de la Ley 489 de 1998, sus artículos 95 y 96 autorizaron que las entidades estatales podían crear personas jurídicas sin ánimo de lucro de conformación exclusivamente pública o mixta, cuyo régimen de derecho civil, según lo indicó el mismo tribunal en la sentencia C-671/99 [MP. Alfredo Beltrán Sierra], debía, en el primer caso, estar en consonancia con los objetivos generales y la estructura orgánica definidos por el legislador frente a cada una de las entidades públicas participantes y con los respectivos regímenes de actos, contratación, controles y responsabilidad; y, en el segundo caso, considerar que las actividades que desarrollen sean propias de *“los cometidos y funciones”* que la ley asigna a las entidades públicas participantes. En este punto cabe indicar que la Corte Constitucional, en sentencia C-671/15 [MP. Alberto Rojas Ríos], refiriéndose a la *“asociación”* para la creación de personas jurídicas de los referidos artículos 95 y 96, reiteró, con base en la sentencia precedente, que *“(…) el régimen jurídico que regula esta clase de asociaciones es de derecho público y, en consecuencia, no se rigen de manera exclusiva por el Código Civil”*. Finalmente, dentro del contexto de las disposiciones citadas resulta preciso tener presente que toda fundación pública o mixta debe perseguir alguna finalidad de interés general, porque, de lo contrario, sobraría la participación de la Administración [FUERTES, Mercedes. *¿Pueden eludir las sociedades y fundaciones mixtas el derecho público?* En: *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*. Marcial Pons. 2012. p. 138].

³⁴ Folios 46 a 52, c. 1.

BIODIVERSIDAD Y LAS ÁREAS PROTEGIDAS DE COLOMBIA, pone a disposición su capacidad administrativa en el presente convenio.

“29) Que de conformidad con lo anterior, las partes firmantes del presente acuerdo consideran necesario coordinar sus actividades, con el objeto de crear procesos de integración de ordenamiento del territorio, para generar acciones tendientes a contribuir con la conservación del patrimonio natural y cultural del territorio conformado por los bienes baldíos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo y el Parque Natural Los Corales del Rosario, a efectos de disminuir la presión sobre los ecosistemas y contribuir a la protección de los valores naturales y culturales de dichas zonas a través de un ordenamiento de la actividad a realizarse por particulares, que permita un adecuado uso de los servicios ambientales”.

– La cláusula novena del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006 previó las obligaciones de las partes suscribientes (se transcribe de forma literal, incluidos los eventuales errores):

“CLÁUSULA NOVENA: OBLIGACIONES DE LAS PARTES: En el marco del presente convenio LA UNIDAD se obliga: a) Verificar el pleno cumplimiento de las obligaciones establecidas en los contratos de arrendamiento celebrados por el INCODER con los particulares en relación al uso y goce de los bienes baldíos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo, así como las obligaciones establecidas en el Acuerdo 41 del INCODER y las demás estipulaciones que se pacten en desarrollo de los mismos. b) Ejecutar el programa de vigilancia, mantenimiento y conservación que para el efecto diseñe el Comité Operativo, que facilite y fortalezca la protección efectiva de los bienes baldíos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo y del Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y San Bernardo. c) Verificar en campo, el uso que los particulares realicen de los bienes baldíos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo y del área que conforma el Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y San Bernardo un aprovechamiento lícito y acorde con la conservación y el restablecimiento de los recursos naturales y del medio ambiente. d) Poner a disposición los recursos humanos, técnicos y logísticos requeridos para desarrollar las acciones conjuntas planeadas en el marco de este convenio. e) Convocar y asistir a las reuniones de coordinación que se requieran para el óptimo desarrollo del convenio.

“PARÁGRAFO PRIMERO: En caso de presentarse incumplimiento a las obligaciones establecidas en los referidos contratos de arrendamiento celebrados por el INCODER con los particulares, LA UNIDAD a través de la Dirección Territorial Caribe deberá notificar al INCODER dicha circunstancia dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al conocimiento de la ocurrencia del hecho constitutivo del incumplimiento.

“PARÁGRAFO SEGUNDO: En caso de presentarse hechos constitutivos de infracciones ambientales en los bienes baldíos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo, LA UNIDAD a través de la Jefatura del Programa del Parque Nacional Natural Corales del Rosario y San Bernardo, deberá color en conocimiento de la autoridad ambiental competente los hechos

constitutivos de la posible infracción ambiental dentro de los diez (10) hábiles siguientes a la ocurrencia de los hechos.

“PARÁGRAFO TERCERO: Los hechos ocurridos en las áreas que conforman el Parque Nacional Natural Corales del Rosario y San Bernardo que sean constitutivos de infracción ambiental serán objeto de investigación administrativa por parte de LA UNIDAD. EL INCODER se obliga a: a) Coordinar estrechamente con LA UNIDAD el desarrollo de actividades de control, vigilancia, mantenimiento y conservación sobre los bienes baldíos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo y las áreas que conforman el Parque Nacional Corales del Rosario y San Bernardo, a través del SUPERVISOR designado para tal fin. b) En caso de presentarse incumplimiento en el pago de cánones de arrendamiento, previa comunicación de tal hecho al INCODER por parte de la FUNDACIÓN, el INCODER adelantará las acciones y medidas legales pertinentes para requerir a los arrendatarios y hacer efectivo dicho pago. c) Ejercitar las acciones y tomar las medidas que correspondan conforme a las leyes en los casos de indebida ocupación de los bienes baldíos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo, adelantando las diligencias a que haya lugar. d) Informar a LA UNIDAD y a la FUNDACIÓN acerca de las zonas objeto de recaudo y en las cuales existe contrato de arrendamiento. e) Convocar y asistir a las reuniones de coordinación que se requieran para el óptimo desarrollo del convenio. LA FUNDACIÓN en su calidad de ejecutor de los recursos deberá: a) Acogerse a las decisiones del COMITÉ DIRECTIVO. b) Abrir una cuenta especial en una entidad bancaria para el manejo de los recursos aportados para la ejecución del presente convenio. c) Ejecutar los recursos financieros aportados por el INCODER en los términos que establezca el Comité Directivo para tal fin. d) Elaborar y presentar al Comité Directivo informes trimestrales de los recursos entregados para la ejecución del presente convenio. e) Llevar y conservar los libros, actas y documentos relacionados con las actividades que se desarrollen dentro del convenio. f) Establecer una contabilidad de los recursos aportados y mantenerla disponibles cuando el Comité Directivo o alguna de las partes la requiera. g) Poner a disposición los recursos humanos, técnicos y logísticos requeridos para desarrollar las acciones conjuntas planeadas en el marco de este convenio y en particular en desarrollo del Plan de Acción Integral. h) Convocar y asistir a las reuniones de coordinación que se requieran para el óptimo desarrollo del convenio. i) Ejercer la Secretaría Técnica del Comité Directivo en los términos y condiciones establecidos por este. j) Controlar mensualmente que efectivamente cada arrendatario haya efectuado el pago por concepto de canon de arrendamiento y en caso de incumplimiento, comunicar dicha circunstancia al INCODER, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ocurrencia del incumplimiento”.

– La cláusula décima del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006 reguló su supervisión y vigilancia (se transcribe de forma literal, incluidos los eventuales errores):

“CLÁUSULA DECIMA. SUPERVISIÓN Y VIGILANCIA. La supervisión y vigilancia del presente convenio se ejercerá en forma conjunta por los supervisores del convenio, designados por las partes para tal efecto, dentro de los cinco (05) días siguientes al perfeccionamiento del presente convenio, quienes deberán cumplir sus funciones de acuerdo

a lo establecido en la Ley o manuales de Supervisión establecidos por cada entidad para el efecto”.

– El convenio fue objeto de dos prórrogas: la primera, del 17 de septiembre de 2009, por siete (7) meses, y la segunda, del 14 de mayo de 2010, por dos (2) meses, para un plazo de ejecución total de tres (3) años y nueve (9) meses que expiró el 17 de julio de 2010.

– El convenio previó dos comités, cuyas funciones eran interdependientes, uno directivo y otro operativo (se transcribe de forma literal, incluidos los eventuales errores):

“CLÁUSULA QUINTA: COMITÉ DIRECTIVO. Todo lo concerniente a la dirección técnica, financiera, seguimiento, monitoreo y desarrollo del convenio, será realizado por un comité directivo integrado por el Representante Legal de LA FUNDACIÓN y/o su delegado, quien ejercerá la Secretaría Técnica del Comité Directivo quien tendrá voz pero no voto, la Directora General de LA UNIDAD y/o su delegado y el Gerente General del INCODER y/o su delegado, el cual deberá reunirse ordinariamente como mínimo una vez cada cuatro (4) meses y en forma extraordinaria cuando circunstancias especiales así lo ameriten, previa convocatoria de cualquiera de las partes. El nombre de los suplentes de cada una de las Entidades será enviado a la secretaría técnica del comité, cinco (5) días hábiles antes de cada reunión.

“CLÁUSULA SEXTA: FUNCIONES DEL COMITÉ DIRECTIVO: Son funciones del Comité Directivo las siguientes: a) Establecer su propio reglamento de funcionamiento. b) Orientar las acciones necesarias para el cumplimiento de las actividades del convenio, en el marco del Plan de Acción Integral definido para el efecto. c) Revisar los informes que se generen en la ejecución del convenio. d) Definir y aprobar la ejecución y destinación de los recursos aportados al presente convenio. e) Recomendar las acciones institucionales que permitan el cumplimiento eficaz del convenio. PARÁGRAFO: El Comité Directivo formulará sus recomendaciones teniendo en cuenta los preceptos ambientales establecidos en la Constitución Nacional, en la ley 99 de 1993, en los planes nacionales de desarrollo ambiental, y en las demás normas concordantes.

“CLÁUSULA SÉPTIMA.- COMITÉ OPERATIVO: Todo lo relativo a la ejecución de los lineamientos y directrices dados por el Comité Directivo será realizado por un comité operativo que estará integrado por el Subdirector Técnico de LA FUNDACIÓN y/o su delegado, el Jefe de la Oficina de Enlace Territorial de EL INCODER y/o su delegado; y el Jefe de Programa del Parque Nacional Natural Corales del Rosario y San Bernardo; el cual deberá reunirse como mínimo cada mes y en forma extraordinaria cuando circunstancias especiales lo ameriten previa convocatoria de cualquiera de los integrantes. PARÁGRAFO: Los delegados del Comité Operativo, no podrán ser los mismos delegados para el Comité Directivo.

“CLÁUSULA OCTAVA: FUNCIONES COMITÉ OPERATIVO: Son funciones del Comité Operativo las siguientes: a) Presentar al comité Directivo para su aprobación un Plan de Acción para la intervención integral sobre el área de trabajo. b) Diseñar un programa de vigilancia conjunto que facilite y fortalezca la protección efectiva de los bienes baldíos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del

Rosario y San Bernardo. c) Presentar informes cada dos (2) meses al Comité Directivo. d) Acatar las recomendaciones y directrices dadas por el Comité Directivo. e) Efectuar recomendaciones al Comité Directivo que permitan el cabal y pleno cumplimiento del presente convenio”.

– En desarrollo de lo precedente, el reglamento del “Comité Directivo” del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, aprobado por ese mismo órgano el 17 de enero de 2007, previó, entre sus funciones (se transcribe de forma literal, incluidos los eventuales errores):

“3.5. FUNCIONES:

“(…)

“ii) Aprobar el Plan de Acción Integral elaborado por el Comité Operativo.

“iii) Orientar las acciones necesarias para el cumplimiento de las actividades del convenio, en el marco del Plan de Acción Integral definido para el efecto.

“(…)

“v) Elaborar el Plan de Inversiones y definir y aprobar la ejecución y destinación de los recursos aportados al presente convenio.

“(…)”.

– El Plan de Acción Integral³⁵ –que incorporaba un calendario de ejecución presupuesta– presentado por el Comité Operativo fue discutido, ajustado y aprobado por el Comité Directivo el 21 de marzo de 2007, plan en cuya formulación participaron funcionarios del INCODER, UAESPNN, La Fundación, Cardique, Invemar y la Universidad de los Andes y que estableció dos (2) objetivos estratégicos diferentes, que fueron divididos cada uno en objetivos específicos y estos a su turno subdivididos en actividades, así (se transcribe de forma literal, incluidos los eventuales errores):

“OBJETIVO ESTRATÉGICO 1. Incrementar la gobernabilidad del PNN Corales a través de acciones propias y con el apoyo de actores institucionales con competencia en el área protegida y su zona de influencia para garantizar el cumplimiento de los objetivos de conservación.

“Objetivo Específico 1.1. Apoyar la efectiva coordinación interinstitucional de las entidades con funciones, competencias y responsabilidades en el PNN Corales, los baldíos reservados en los archipiélagos del Rosario y San Bernardo y su zona de influencia para desarrollar estrategias de manejo conjunto (Incoder, Parques Nacionales, Cardique, Cartagena Distrito Turístico, Centros de investigación, Fuerza pública: Capitanía, Guardacostas, Policía, entre otras.

“(…)”.

“Objetivo Específico 1.2. Contribuir desde los procesos de ordenamiento ambiental del PNN Corales, los baldíos reservados en los archipiélagos del Rosario y San Bernardo y su zona de influencia a la construcción y fortalecimiento del SIRAP Caribe.

“(…)”.

³⁵ Folios 142 a 151, c. 10.

“Objetivo Específico 1.3. Diseñar y poner en marcha una estrategia de educación y comunicación dirigida a los actores sociales, institucionales y demás usuarios del PNN Corales, los baldíos reservados en los archipiélagos del Rosario y San Bernardo y su zona de influencia.

“(…)

“OBJETIVO ESTRATÉGICO 2. Contribuir a la protección de los valores naturales y culturales del PNN Corales, los baldíos reservados en los archipiélagos del Rosario y San Bernardo y su zona de influencia, a través de un ordenamiento integral que permita un adecuado uso de los bienes y servicios ambientales.

“Objetivo Específico 2.1. Profundizar en el conocimiento sobre los aspectos biológicos, sociales, económicos y culturales, para el manejo y planeación eficiente del PNN Corales, los baldíos reservados en los archipiélagos del Rosario y San Bernardo y su zona de influencia.

“(…)

“Objetivo Específico 2.2. Desarrollar una estrategia de acción para la conservación, manejo y uso sostenible del PNN Corales, los baldíos reservados en los archipiélagos del Rosario y San Bernardo y su zona de influencia, con los actores institucionales, gremiales y sociales.

“(…)”.

– Tanto los Comités Directivo³⁶ y Operativo³⁷ realizaron reuniones ordinarias y extraordinarias en cumplimiento de las funciones que les atribuyó el convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006.

– Entre los años 2006 y 2009 fueron suscritos 114 contratos de arrendamiento sobre 101 predios en la Isla del Rosario y 13 predios en la Isla de San Bernardo³⁸.

³⁶ Actas No. 001 de 7 de diciembre de 2006 [Folios 196 a 197, c. 1 y 99 a 100, c. 10]; 002 de 17 de enero de 2007 [Folios 198 a 200, c. 1 y 112 a 114, c. 10]; 003 de 6 de febrero de 2007 [Folios 215 a 216, c. 1. y 129 a 130, c. 10]; 004 de 21 de marzo de 2007 [Folios 217 a 219, c. 1. y 139 a 141, c. 10]; 005 de 23 de julio de 2007 [Folios 220 a 222, c. 1. y 156 a 158, c. 10]; 006 de 11 de septiembre de 2007 [Folios 223 a 225, c. 1. y 170 a 172, c. 10]; 007 de 13 de diciembre de 2007 [Folios 226 a 227, c. 1 y 234 a 235, c. 10]; 008 de 29 de julio de 2008 [Folios 242 a 245, c. 10]; 001 de 22 de enero de 2009 [Folios 255 a 256, c. 10]; 003 de 21 de agosto de 2009 [Folios 273 a 274, c. 10]; 004 de 9 de septiembre de 2009 [Folios 275 a 278, c. 10]; 4 de marzo de 2010 [Folio 695, c. 12].

³⁷ Actas No. 001 de 21 de diciembre de 2006 [Folios 102 a 105 y 107 a 110, c. 10]; 002 de 1 de febrero de 2007 [Folios 131 a 132, c. 10], 003 de 16 de marzo de 2007 [Folio 133, c. 10]; 004 de 30 de mayo de 2007 [Folios 152 a 153, c. 10]; 005 de 27 de junio de 2007 [Folios 154 a 155, c. 10]; 006 de 25 de julio de 2007 [Folios 159 a 161, c. 10]; 007 de 7 de septiembre de 2007 [Folio 169, c. 10]; 008 de 8 de noviembre de 2007 [Folios 178 a 181, c. 10]; 009 de 12 de diciembre de 2007 [Folios 230 a 231, c. 10]; 001 de 14 de febrero de 2008 [Folios 210 a 211, c. 10]; 002 de 28 de marzo de 2008 [Folios 213 a 215, c. 10]; 003 de 22 de abril de 2008 [Folios 216 a 218, c. 10]; 004 de 30 de mayo de 2008 [Folios 221 a 225, c. 10]; 005 y 006 de 17 de julio de 2008 [Folios 225 a 229 y 239, c. 10]; 001 de 16 de enero de 2009 [Folios 257 a 258, c. 10]; 002 de 4 de marzo de 2009 [Folios 259 a 260, c. 10]; 003 de 3 de abril de 2009 [Folios 263 a 264 y 269, c. 10]; 004 de 8 de mayo de 2009 [Folios 261 a 269 y 276 a 268, c. 10]; 005 de 23 de junio de 2009 [Folios 279 a 281, c. 10]; 006 de 5 de agosto de 09 [Folios 282 a 283, c. 10]; 007 de 11 de septiembre de 2009 [Folios 650 a 651, c. 12]; 08 de 9 de octubre de 2009 [Folios 667 a 668, c. 12]; 10 de 15 de diciembre de 2009 [Folio 284, c. 10]; y 001 de 16 de febrero de 2010 [Folios 285 a 286, c. 10]

³⁸ Folios 167 a 169, cuaderno principal 1 del Despacho Comisorio. Oficio 20122130861 del 24 de septiembre de 2012 y lista adjunta remitidos por el INCODER al Juzgado Trece Administrativo del Circuito de Cartagena.

– El 7 de julio de 2008 el INCODER cedió a la Unidad Nacional de Tierras, a título gratuito, en virtud del cambio institucional previsto por la Ley 1152 de 2007, los derechos y obligaciones que se derivaban del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, para que el cesionario lo ejecutara en los términos y condiciones pactadas en dicho convenio³⁹.

– El 18 de agosto de 2009 la UNAT cedió al INCODER, a título gratuito y en virtud de lo previsto en el Decreto 1899 de 22 de mayo de 2009⁴⁰, los derechos y obligaciones que se derivaban de la ejecución del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, para que el cesionario lo ejecutara en los términos y condiciones establecidas en dicho acuerdo⁴¹.

– En el documento *“informe final de actividades”* del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, suscrito el 21 de octubre de 2010 por la Directora Territorial Caribe de la UAESPNN, de una parte, se hizo una extensa relación de las actividades desarrolladas y ejecutadas en relación con los dos (2) objetivos estratégicos y cada uno de sus objetivos específicos y, de otro lado, se hicieron constar las siguientes dificultades⁴² (se transcribe de forma literal, incluidos los eventuales errores):

“● *El convenio fue firmado el 18 de octubre de 2006, pero el desarrollo del Plan de Acción Integral formulado y por lo tanto la ejecución del presupuesto aprobado comenzaron a producirse en abril del 2007, implicando un atraso de seis (6) meses.*

“● *En julio del 2008 se solicitó por parte del Comité Directivo, justificado en la posible entrega de la administración de los baldíos a la UAESPNN, un cambio en el presupuesto aprobado para esa anualidad, el cual consistió en ejecutar en los meses siguientes, únicamente los ingresos recaudados hasta dicho mes. Lo anterior restringió los recursos en el segundo semestre del 2008 y obligó a organizar dos presupuestos a ejecutar en el 2009; uno con el saldo del 2008 (recaudados de agosto a diciembre del 2006), ejecutados hasta mayo del 2009, y otros con los recaudos totales del 2009 para ejecutar de junio a diciembre.*

“● *La caída de la Ley 1152 de 2007 creó una parálisis en el Comité Directivo del Convenio, al quedarse sin uno de sus miembros representado en ese momento por la UNAT, mientras la UNAT realizó el traspaso de las funciones de administración de los baldíos al INCODER, pasaron seis (6) meses sin que el Comité Directivo pudiera sesionar, lo que produjo estancamiento de los proyectos y la ejecución apresurada del presupuesto del año 2009 para poder alcanzar los objetivos propuestos en el Plan de Acción Integral.*

“● *La primera prórroga el convenio quedó fijada en 7 meses, a partir del 17 de octubre del 2009 al 17 de mayo de 2010, haciendo necesario una prórroga hasta el 17 de julio. Estos cambios generaron traumas administrativos que se reflejaron en la ejecución del presupuesto.*

“● *Se propuso, una vez finalizado el convenio, la cesión de la administración de los baldíos a la UAESPNN, pero Planeación Nacional*

³⁹ Folios 354 a 357, c. 9.

⁴⁰ *“Por el cual se liquida la Unidad Nacional de Tierras Rurales”*.

⁴¹ Folios 50 a 53, c. 10.

⁴² Folios 733 a 740, c. 12.

no autorizó la administración de los dineros provenientes de los arriendos a través de FONAM, para el segundo semestre del año. Lo anterior creó un limbo administrativo en la continuidad al Plan de Acción Integral y como consecuencia de lo anterior, se produjo la terminación del convenio de cooperación sin que ninguna de las partes pudiera asumir de forma inmediata la administración de los baldíos”.

– Sin perjuicio de lo anterior, la misma funcionaria, invocando su calidad de supervisora del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, certificó⁴³ que “(...) *el objeto del convenio y las obligaciones establecidas en el marco del mismo, se cumplieron a satisfacción y cabalidad por las partes, en la medida que se adelantaron las actividades y metas propuestas a realizar y se ejecutaron los recursos en la manera establecida, de acuerdo a lo establecido en el Informe Final*” (esta transcripción se hace de forma literal).

– En el “*Informe Final de Supervisión Conjunto*”⁴⁴ del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, suscrito el 26 de octubre de 2011, se hizo un resumen de su ejecución, aludiéndose, entre otras, a las actividades conjuntas desarrolladas por las partes y su relación con los objetivos estratégicos y específicos formulados y los contratos suscritos y terminados.

Se indicó que el valor total causado del convenio ascendió a la suma de \$4.278'016.461,00, valor que incluía el saldo en mora por cánones de arrendamiento con corte a 30 de septiembre de 2010, por valor de \$414'781.011,00 y \$50'965.202,00 por concepto del pago anticipado de arrendamientos, en virtud de lo cual, la suma efectivamente recaudada por canon de arrendamiento ascendió a \$3.863'235.450,00, sin que este valor contemplara lo referente al incremento de dichos cánones, como consecuencia de la variación del avalúo catastral del inmueble o del IPC.

En relación con el valor que la Fundación descontó por concepto de gastos de administración, en dicho informe se señaló que aquel ascendió a \$260'372.442,00.

3.3. Análisis de la configuración del fenómeno de la carencia actual de objeto

Durante la audiencia de pacto de cumplimiento⁴⁵ se indicó que el convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006 terminó en junio de 2010 y que, por ese motivo, se había configurado un “*hecho superado*”.

⁴³ Folios 741 a 742, c. 12.

⁴⁴ Folios 972 a 981, c. 12. El documento no fue aportado completo, en la medida en que solo reposan las copias de sus páginas impares.

⁴⁵ Folios 282 a 286, c. 1. En esta audiencia consta que (se transcribe de forma literal, incluidos los eventuales errores): “*La señora apoderada judicial de la FUNDACIÓN informa al Despacho que el convenio se terminó en el mes de junio del año 2010, previa información a los ocupantes de los números de cuenta en los que debían realizar la consignación de los cánones, así como, la Fundación respondió por los recursos que estaban pendientes y los reconoció con los rendimientos financieros del caso. El señor ARAQUE indica que ante tal manifestación se estaría ante un hecho superado. La H. Magistrada pregunta si los recursos que da cuenta la demanda fueron colocados en el Fondo con ocasión de la interposición de la acción? La señora apoderada judicial del INCODER responde que no. Ciertamente, la actividad administrativa por la cual se suspende o se da por terminado el recaudo de los dineros obedece al cumplimiento de unas etapas precontractuales y a los procedimientos administrativos que la gestión del INCODER realiza en ejercicio de sus funciones misionales. Es un convenio que ya tenía fecha vencimiento que en ningún momento se encontraba a la interposición de la presente acción. Es del caso poner de presente, que el INCODER ha recibido los dineros procedentes de los contratos de arrendamiento señalados que encausan esta acción y los ha mantenido en una cuenta corriente y tal y como lo sustenta la constancia de 18 de mayo de 2011, expedida por el Coordinador Financiero del INCODER. Lo anterior nos permite reiterar, que el correcto actuar del INCODER obedece al*

Dada la invocación de la carencia actual de objeto por hecho superado en esta acción popular, resulta importante comenzar por recordar que recientemente la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo⁴⁶ unificó su jurisprudencia sobre la materia, así:

“(...) la Sala unifica la jurisprudencia en relación con la configuración de la carencia actual de objeto por hecho superado, dentro de una acción popular, en los siguientes dos sentidos:

“i) Aun en aquellos casos en que el demandado o, incluso, la autoridad judicial de conocimiento consideren que se ha superado la situación que dio lugar a la interposición de la acción, es necesario verificar el cese de la amenaza o la vulneración de los derechos colectivos comprometidos, sin que baste con la simple alegación de haberse adelantado alguna actuación enderezada a la superación de la situación; en aquellos casos en que la amenaza a los derechos colectivos subsista no es procedente declarar el hecho superado, aun cuando se verifique que se ha adelantado alguna actuación a fin de cesar la amenaza o vulneración de los mismos.

“ii) El hecho de que, durante el curso de la acción popular, el juez compruebe la desaparición de la situación que originó la afectación de derechos colectivos, no es óbice para que proceda un análisis de fondo, a fin de establecer el alcance de dichos derechos”.

En ese sentido, en cuanto atañe a la carencia de objeto por hecho superado, en la acción popular debe determinarse, con base en las pruebas obrantes en el proceso, si las causas, hechos o circunstancias constitutivas de la amenaza y/o la vulneración de derechos colectivos – *no solo los invocados en la demanda sino también otros que puedan deducirse de lo acreditado en el proceso* – persisten o

cumplimiento de su función misional y no a la interposición de la presente acción popular. La H. Magistrada pregunta si antes de que se consignaran los recursos junto con los rendimientos financieros en el Fondo, esto, es octubre de 2006, cómo se manejaban esos dineros?. La señora apoderada judicial de la FUNDACIÓN indica que en el marco del convenio se estableció un comité directivo y uno operativo y, se estableció que el manejo de los recursos estaba atado a un plan de acción integral aprobado por el comité directivo, el cual a su vez estaba conformado por un integrante de cada una de las partes del convenio. Cabe anotar, que ese plan de acción integral fue elaborado con base en líneas estratégicas que a su vez están fundamentadas en el plan de manejo ambiental del Parque Nacional Natural Corales del Rosario e Islas de San Bernardo. Dicho plan es a su vez aprobado por la Dirección de Parques Naturales quien tiene a su vez la facultad de administrar dichas áreas protegidas. Entonces, es importante tener en cuenta que lejos de ser una dirección carente de lineamientos y dirección como se dice en la demanda, se hacía en el marco de los lineamientos estratégicos del referido plan de acción integral, en cuya elaboración adicionalmente participaron otras entidades con competencia en el área como CARDIQUE, INVEMAR y la Universidad de los Andes, entidad privada que desarrolla labores de investigación ambiental en dicha área. Lo anterior se puede constatar en los cuadros de ejecución de recursos que periódicamente remitía el Fondo Patrimonio Natural al INCODER y a la Unidad de Parques; en los flujos de caja del proyecto y en los cuadros de recaudo que por cada arrendatario se enviaba a las otras dos entidades suscribientes del convenio. La H. Magistrada indica que la primera pretensión va encaminada a que la Fundación dejara de manejar los recursos generados del convenio, pregunta a las partes, si acepta esa pretensión. Los señores apoderados judiciales de las partes demandadas expresan que el convenio ya terminó. La H. Magistrada indica que en cuanto al reintegro de los recursos, se ha dicho por la apoderada judicial de la FUNDACIÓN, que los dineros que no fueron ejecutados así como los rendimientos fueron consignados al INCODER, los que se generaron con anterioridad a la terminación solo se verían afectados si se declara la nulidad del contrato, por lo tanto las prestaciones que se ejecutaron estarían regidas por los términos del mismo; desde ese punto de vista las situaciones aquí planteadas envuelven temas netamente jurídicos que deben ser resueltas en la sentencia. Por lo anterior, no habría lugar a presentar fórmula de pacto de cumplimiento” (subrayado fuera del texto).

⁴⁶ CE. SPCA. Fallo de 4 de septiembre de 2018 [Rad. 05001-33-31-004-2007-00191-01(AP)SU]. MP. Stella Conto Díaz del Castillo.

desaparecieron, sin perjuicio de que, si sucediera lo último, aún así resulta factible que se realice un análisis de fondo⁴⁷ frente al alcance de dichos derechos, sin que puedan desplegarse⁴⁸ las consabidas finalidades preventiva (*evitar el daño contingente*), suspensiva (*hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio*) o restaurativa⁴⁹ (*restituir las cosas a su estado anterior*) de la acción en cuestión.

Asimismo, según la posición de las Secciones Primera y Quinta de esta Corporación⁵⁰, con la que esta Sala coincide, en materia de acciones populares el fenómeno de la carencia actual de objeto tiene lugar, además, en presencia de un daño consumado, cuando sea imposible acudir a la restitución de las cosas a su estado anterior, evento en el que tampoco podrán desplegarse las finalidades de la acción popular.

En otras palabras, no se configura la carencia actual de objeto cuando sí es posible una restitución de las cosas al estado anterior al daño consumado, contexto dentro del cual las medidas que concreten esa posibilidad deben ser razonables y proporcionadas, lo que significa, entre otras cosas, que no ocasionen un daño colectivo mayor al ya consumado y que sean respetuosas de la buena fe de los involucrados⁵¹. Si tales medidas no satisfacen los criterios referidos, se deducirá el fenómeno de la carencia actual de objeto.

Lo anterior, tratándose de las acciones populares que involucran contratos, permite distinguir, de una parte, los criterios que en el marco de los derechos e intereses colectivos deben considerarse para concluir o no la imposibilidad de restitución de las cosas al estado anterior de un daño consumado y, de otro lado, de las reglas a partir de las cuales se deduce una imposibilidad legal o material de restituciones mutuas⁵² propias de la nulidad de los contratos.

⁴⁷ No sobra destacar en este punto que, según lo anota el magistrado Alberto Yepes Barreiro en su salvamento de voto a la referida sentencia de la Sala Plena Contenciosa Administrativa, en presencia del fenómeno de la carencia de objeto por hecho superado, no existe una justificación para un tratamiento diferencial entre las reglas de la acción de tutela y las de la acción popular. Esta consideración se fundamentó en que, para el susodicho magistrado disidente, en la sentencia de unificación pareciera erigirse como regla general el que se realice el análisis de fondo cuando se configura el hecho superado, mientras que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en particular las sentencias T-011/16, SU-225/13 y T-612(09), “(...) *cuando se presenta el fenómeno del hecho superado, la obligación del juez de tutela no es la de pronunciarse de fondo, sino solo cuando estime necesario hacer observaciones sobre los hechos que originaron la acción de tutela, con el propósito de resaltar su falta de conformidad constitucional, condenar su ocurrencia y conminar a que se adopten las medidas necesarias para evitar su repetición, so pena de las sanciones pertinentes*” (subrayado fuera del texto).

⁴⁸ La figura de carencia actual del objeto tiene como característica que el operador judicial no puede impartir órdenes que concreten las finalidades preventiva, suspensiva o restaurativa de la acción popular. CE. Fallo de [S1] 19 de julio de 2018 [Rad. 27001-23-31-000-2011-00179-02(AP)]. MP. Hernando Sánchez Sánchez.

⁴⁹ C-622/07. Ponente: Rodrigo Escobar Gil y C-630/11. Ponente: María Victoria Calle Correa.

⁵⁰ CE. Fallos de [S1] 19 de julio de 2018 [Rad. 27001-23-31-000-2011-00179-02(AP)]. MP. Hernando Sánchez Sánchez; 8 de febrero de 2018 [Rad. 25000-23-41-000-2013-00817-01]. MP. María Elizabeth García González; y [S5] 27 de marzo de 2003 [Rad. AP-083]. MP. Darío Quiñones Pinilla.

⁵¹ CE. S1. Fallo de 4 de octubre de 2018 [Rad. 05001-23-33-000-2016-00713-01(AP)]. MP. Roberto Augusto Serrato Valdés.

⁵² La imposibilidad legal o material de retrotraer los efectos de las prestaciones cumplidas – distinto de la restitución de los bienes – dentro de un contrato estatal de ejecución sucesiva con frecuencia ha sido analizada con ocasión del régimen de restituciones mutuas derivada de la nulidad de aquel. CE. S3. Fallo de 16 de febrero de 2006 [Rad. 13001-23-31-000-1998-07186-01(13414)]. MP. Ramiro Saavedra Becerra, providencia reiterada por la misma Sección, entre otras, el 8 de julio de 2009 [Rad. 25000-23-26-000-1995-01052-01(15004)]. MP. Mauricio Fajardo Gómez; [sB] 28 de mayo de 2015 [Rad. 11001-03-26-000-1993-08254-01(8254)A]. MP. Ramiro Pazos Guerrero; [sA] 5 de julio de 2018 [Rad. 85001-23-31-000-2000-00282-01(37834)]. MP. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Valga advertir en este punto que las reglas relativas a las restituciones mutuas de los frutos y mejoras, que no de las prestaciones contractuales, han tenido un tratamiento distinto en la

Descendiendo al presente caso, la Sala considera, con base en el sustento fáctico de la demanda, que los hechos contenidos en ella, supuestamente constitutivos de una amenaza o vulneración a los derechos colectivos invocados por el actor popular, desaparecieron una vez feneció el convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006⁵³, puesto que tienen origen en el cumplimiento de dicho convenio.

Pese a la cesación de los hechos antedichos y a la consecuente carencia actual de objeto por hecho superado, la Sala estima necesario realizar un análisis de fondo sobre el alcance de los derechos relacionados con la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, en el contexto del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, en orden a establecer si existió o no vulneración de dichos derechos.

Dicho análisis se justifica además en que, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, podría eventualmente predicarse un daño en relación con el cual procede una orden de restitución que respete los criterios antes expuestos, daño que atañe a la suerte de los bienes que en vigencia del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006 fueron adquiridos por la Fundación con los recursos objeto del aporte del INCODER, sin que se encuentre acreditado en el proceso qué sucedió en definitiva con estos.

En efecto, aunque no se allegó al expediente una liquidación definitiva del convenio –*solamente actas de liquidación en borrador*⁵⁴–, a través de la cual pueda constatarse qué bienes y recursos se encontraban en poder de la Fundación al culminar su vigencia, sí reposan documentos, específicamente comunicaciones⁵⁵ y memorandos internos⁵⁶, con base en los cuales puede

jurisprudencia de esta Corporación. CE. S3/sA. Fallos de 3 de abril de 2013 [Rad. 25000-23-26-000-1996-02150-01(23567)]; 26 de febrero de 2015 [Rad. 63001-23-31-000-1999-01000-01(30834)]; 16 de julio de 2015 [Rad. 76001-23-31-000-2002-04055-01(41768)] y 15 de marzo de 2017 [Rad. 25000-23-26-000-1999-01155-02(39647)]. MP. Hernán Andrade Rincón.

⁵³ De acuerdo con la cláusula cuarta del convenio “*DURACIÓN: El término de duración del presente convenio es de tres (3) años, contados a partir de su perfeccionamiento, que será prorrogable por acuerdo entre las partes que deberá constar por escrito, por lo menos con un mes de anterioridad a su vencimiento*”. El convenio fue objeto de dos prórrogas: (●) el 17-sep-09 [Folios 652 a 654, c. 12], por siete (7) meses, contados a partir del 17-oct-09; y (●) el 14-may-10 [Folios 709 a 710 y 718 a 719, c. 12], por dos (2) meses, contados a partir del vencimiento de la primera prórroga al convenio. Así las cosas, su plazo de ejecución fue, en total, de tres (3) años y nueve (9) meses y expiró el 17-jul-10.

⁵⁴ En el expediente sí obran documentos en borrador de la liquidación del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006. Folios 743 a 755, 896 a 910 y 982 a 997, c. 12.

⁵⁵ Folios 893 a 895, c. 12. En la comunicación de 16 de noviembre de 2011, dirigida por el contador del INCODER a la Secretaría General de la misma entidad, aquel indica (se transcribe de forma literal, incluidos los eventuales errores): “*Independientemente de la obligación de las Oficinas Asesora Jurídica y Control Interno y de lo estatuido en el Manual de Administración y Control de Bienes, me permito expresar lo siguiente:*

“(…)”

“● *Si la compra de Bienes adelantada por Patrimonio Natural tiene soporte en el Convenio?. Entiendo que está cubierto en la cláusula c del mismo y el parágrafo tercero de la cláusula 3ª.*

“● *Si los Bienes adquiridos por Patrimonio Natural y entregados en donación a Parques Nacionales ingresen a la Contabilidad, ante la duda de Contaduría, opino que no deben ingresar a los Activos, pero deben contabilizarse como una cesión patrimonial, dentro de los efectos de la liquidación del Convenio. Esto independientemente de la determinación que tome el Concejo Directivo del Convenio, tal como lo comenta la CGN.*

“● *En todo caso, solo se deben ingresar al inventario los bienes que sean restituidos física y legalmente a favor del INCODER.*

“● *Por otra parte, si se decide aceptar como documento primario la transferencia, dentro de la liquidación del convenio se debe legalizar la misma por parte de la entidad. Avalando la (transferencia), no donación, a Parques Naturales hecha por Patrimonio Natural.*

“● *En cuanto a cómo afectan los Estados financieros del INCODER al devolverle los bienes, en caso en que esto se produzca, la respuesta está dada por CGN para que el Contador proceda”.*

inferirse que la Fundación adquirió bienes respecto de los cuales no se acreditó que hubieran sido efectivamente devueltos al INCODER o a la UAESPNN.

En ese sentido, si bien la Fundación es una entidad descentralizada por servicios de carácter mixta –según se analizará más adelante en profundidad–, la circunstancia de que algunos bienes muebles adquiridos con recursos públicos pudieran permanecer bajo su control de manera indefinida podría ponerlos en riesgo, en particular frente a una eventual disolución y liquidación de aquella⁵⁷.

⁵⁶ Folios 956 a 964, c. 12. En el memorando de 23 de julio de 2012 dirigido por la Coordinación de Contratación a la Dirección Técnica de Procesos Agrarios, se indica (se transcribe de forma literal, incluidos los eventuales errores): “(...) en memorando que adjunta borrador del acta de liquidación del convenio en mención, la Dirección Técnica de Procesos Agrarios asegura que fue objeto del consenso entre la Oficina Asesora Jurídica, Procesos Agrarios del INCODER no sin antes advertir que aunque se efectuó un trabajo conjunto en este proceso de liquidación también es pertinente destacar el argumento de esta oficina respecto de la propiedad de los bienes adquiridos en razón del convenio 122 de 2006, y en la cual diferimos. En efecto, en el numeral 26 de las consideraciones del acta de liquidación se menciona el tema de la ejecución de los recursos financieros involucrados en el convenio y se determina que esa ejecución contó con el aval del Comité Directivo 26. Que se deja constancia que para la ejecución de los recursos financieros del convenio provenientes del recaudo los ejecutó PATRIMONIO NATURAL, contando con el aval del Comité Directivo como consta en actas”.

“Basados en la anterior afirmación resulta imperativo revisar las Actas que constatan esta información.

“De otra parte, el Numeral 27 del mismo borrador de Acta de liquidación, se insiste que los bienes que ahora son objeto de liquidación fueron adquiridos para el desarrollo del plan de acción del convenio y fue objeto de aprobación del Comité Directivo del Convenio.

“Aunado a lo anteriormente expuesto, se requiere un mayor sustento respecto de la propiedad de estos bienes, más aún cuando la Contaduría General de la Nación, conceptuó de la siguiente forma ‘En el caso del INCODER el tratamiento contable dependerá de la decisión que sobre el destino de los bienes tome el Comité Directivo, el cual, de conformidad con el convenio celebrado, tiene facultades de dirección técnica, financiera, seguimiento, monitoreo y desarrollo del convenio’.

“Así las cosas sólo queda determinar el papel del Comité Directivo del Convenio 122, y el sustento documental que soporte cada una de esas decisiones respecto de la propiedad de los bienes adquiridos durante la ejecución del Convenio y de la propiedad al momento de liquidación del mismo”.

Folios 960 a 969, c. 12. En el memorando de 9 de noviembre de 2012, dirigido por la Dirección Técnica de Procesos Agrarios a la Secretaría General, se indica (se transcribe de forma literal, incluidos los eventuales errores): “(...) En desarrollo del convenio, y con el visto bueno del Comité Directivo la FUNDACION en ejercicio de su rol convencional, efectuó la compra de una serie de bienes muebles para efectos de dar cumplimiento al objeto del contrato y al plan de acción del mismo. Esta afirmación encuentra su sustento en el anexo No. 15 del Informe de supervisión final del convenio.

“De conformidad con lo regulado y pactado en el texto del convenio No. 122 de 2006, es evidente que no se contempló la destinación final y la asignación de la propiedad de los bienes muebles que perdurarán a la finalización del convenio, es decir, que esta situación no fue prevista de manera expresa por el texto del acuerdo de voluntades.

“No obstante lo anterior, dentro convenio No. 122 de 2006, la FUNDACIÓN ejecutó una serie de compras de bienes muebles, tal y como era su obligación en ejercicio de la función de administración y ejecución de los recursos del convenio, previo aval del Comité Directivo del Convenio, según se puede evidenciar en las actas del Comité que se enuncian como anexos del Acta de Liquidación que se envía para revisión y aprobación.

“Es necesario dejar en claro que una vez comprados los bienes por parte de la FUNDACIÓN, mediante un acuerdo de voluntades suscrito por la Unidad de Parques Nacionales y Patrimonio Natural, esta transfirió a aquella a título de donación los bienes adquiridos. Dicha situación se puede evidenciar en los documentos contenidos en el Anexo No. 23, adjunto al presente documento.

“Dicho negocio jurídico se realizó por ser necesario para lograr el cumplimiento de los objetivos del convenio de acuerdo al plan de acción y presupuesto establecido para tal efecto. De esas donaciones, no participó el INCODER como parte suscribiente del acto jurídico, toda vez que no obstante haber aportado recursos al convenio, fue la FUNDACIÓN”.

⁵⁷ El Capítulo VII de los estatutos de la Fundación regulan la disolución y liquidación, punto en el que el artículo 31 establece: “ARTÍCULO 31. Procedimiento. Para la liquidación se procederá así: quince (15) días después de la publicación del último aviso se liquidará LA FUNDACIÓN, pagando las obligaciones contraídas con terceros, y observando las disposiciones legales sobre prelación de créditos.

Con base en esta aproximación preliminar y sin perjuicio de que los análisis ulteriores sobre los hechos probados en el proceso evidencien, en estricto sentido, una amenaza y/o vulneración de derechos e intereses colectivos, resulta claro que en este caso persiste el objeto del medio de control incoado, que se concreta en la protección de dichos derechos dentro del marco de acción que tiene el juez, de acuerdo con el artículo 34 de la Ley 472 de 1998⁵⁸.

4. Los derechos colectivos amenazados y/o vulnerados en el proceso y la responsabilidad que respecto de ellos les incumbe a las partes demandadas

4.1. Aspectos generales del juicio de responsabilidad por la amenaza y/o vulneración de derechos e intereses colectivos

Antes de abordar el análisis de cada uno de los dos (2) derechos e intereses colectivos invocados en la demanda, es importante hacer una aproximación introductoria al juicio que atañe a la responsabilidad derivada de su amenaza o vulneración, el cual requiere no solo de la convergencia de los supuestos o requisitos que la jurisprudencia⁵⁹ ha colegido de los artículos 9 y 14 de la Ley 472

“Si cumplido lo anterior queda un remanente de activo patrimonial, éste pasará a la entidad sin ánimo de lucro escogida por la Junta Directiva, con las mayorías y el quórum exigidos en estos estatutos para la declaratoria de la disolución, entidad que deberá tener un objetivo y finalidades de la misma naturales a las de LA FUNDACIÓN.

“Cuando ni la Junta Directiva ni estos Estatutos hayan dispuesto acerca del destino que debe dársele a los remanentes, estos dineros serán transferidos a una entidad de beneficencia que adelante sus actividades en el domicilio principal de LA FUNDACIÓN, y que tenga un objeto similar al de esta última”.

⁵⁸ *“Ley 472/98. Artículo 34. Sentencia. Vencido el término para alegar, el juez dispondrá de veinte (20) días para proferir sentencia. La sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible. La orden de hacer o de no hacer definirá de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante.*

“La condena al pago de los perjuicios se hará “in genere” y se liquidará en el incidente previsto en el artículo 307 del C.P.C.; en tanto, se le dará cumplimiento a las órdenes y demás condenas. Al término del incidente se adicionará la sentencia con la determinación de la correspondiente condena incluyéndose la del incentivo adicional en favor del actor.

“En caso de daño a los recursos naturales el juez procurará asegurar la restauración del área afectada destinando para ello una parte de la indemnización.

“En la sentencia el juez señalará un plazo prudencial, de acuerdo con el alcance de sus determinaciones, dentro del cual deberá iniciarse el cumplimiento de la providencia y posteriormente culminar su ejecución. En dicho término el juez conservará la competencia para tomar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia de conformidad con las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil y podrá conformar 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.

“También comunicará a las entidades o autoridades administrativas para que, en lo que sea de su competencia, colaboren en orden a obtener el cumplimiento del fallo”.

⁵⁹ CC. Fallo T-235/11. Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva; Sección Primera. Fallos de 3 de agosto de 2006 [Radicado 68001-23-15-000-2002-01106-01(AP)]. Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; 18 de marzo de 2010 [Radicado 25000-23-25-000-2004-01513-01(AP)], 28 de marzo de 2014 [Radicado 25000-23-27-000-2001-90479-01(AP)] y 5 de marzo de 2015 [Radicado 15001-23-33-000-2013-00086-01(AP)]. Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno; 11 de agosto de 2016 [Radicado 17001-23-33-000-2012-00309-01(AP)] y 19 de julio de 2018 [76001-23-31-000-2011-00212-01(AP)]. Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés.

de 1998⁶⁰, sino también que estos aparezcan demostrados de manera idónea. Los referidos requisitos son los siguientes:

- Una acción u omisión de la parte demandada.

En relación con este primer requisito, vale destacar que, cuando se trata de la omisión de autoridades públicas, la amenaza y/o vulneración de los derechos e intereses colectivos cabe endilgársela a la autoridad cuyas funciones están vinculadas a su protección⁶¹, en cuyo contexto, si el medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos se dirige contra una autoridad sin ninguna competencia para velar por su defensa, esa circunstancia devendrá tanto en la imposibilidad de imputarle a esta última la amenaza y/o vulneración respectiva, como en que el juez no pueda acceder a las pretensiones de la demanda por ausencia de legitimación en la causa por pasiva⁶².

No está de más indicar que el análisis de responsabilidad por la amenaza y/o vulneración de derechos e intereses colectivos se circunscribe al marco competencial de esas autoridades⁶³, razón por la cual, si la regulación del respectivo derecho le atribuye a una o más autoridades públicas competencias asociadas con su protección en forma concurrente o subsidiaria, será preciso determinar cómo incide esa interrelación en la configuración de este primer requisito.

Téngase presente también que, en el contexto del medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos, la finalidad implícita del artículo 88 de la Constitución Política y de la Ley 472 de 1998 es que las autoridades antedichas ejerzan efectivamente sus competencias –*si lo que se reprocha son sus omisiones*– o que cesen y/o adecúen su conducta –*si lo que se cuestiona son sus acciones*–. De hecho, aún si se diera una situación en la que, por razones justificadas, una o varias autoridades no hayan podido proteger de ninguna manera o incluso de forma satisfactoria los derechos colectivos vinculados a sus funciones, ello no significa que, en tales casos, aquellas puedan invariablemente desentenderse del cumplimiento individual y/o coordinado de tales funciones.

Precisamente, frente a las autoridades cuyas funciones estén vinculadas con la protección de los derechos e intereses colectivos, la acción u omisión que se reprocha y permite deducir su responsabilidad por la amenaza y/o vulneración de aquellos es la que se aparta de la medida razonable de sus posibilidades, lo cual puede plantear eventualmente diversas valoraciones frente a la oportunidad inmediata o progresiva en la que cada autoridad ejerce sus funciones individual y/o coordinadamente con otra(s).

Así, por ejemplo, de acuerdo con la jurisprudencia, lo exigible es que las autoridades con competencias vinculadas a la protección de los derechos e

⁶⁰ “Ley 472/98. Artículo 9. Procedencia de las acciones populares. Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos”.

“Ley 472/98. Artículo 14. Personas contra quienes se dirige la acción. La Acción Popular se dirigirá contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o interés colectivo. En caso de existir la vulneración o amenaza y se desconozcan los responsables, corresponderá al juez determinarlos”.

⁶¹ Sección Tercera. Fallo de 22 de noviembre de 2001 [Radicado 25000-23-24-000-2000-0097-01(AP-264)]. Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁶² Sección Quinta. Fallos de 14 de junio de 2002 [Radicado 25000-23-25-000-2001-0128-01(AP-447)] y 13-sep-02 [Radicado 13001-23-31-000-2000-9008-01(AP-575)]. Ponente: Darío Quiñones Pinilla.

⁶³ Sección Primera. Fallo de 5 de marzo de 2015 [Radicado 15001-23-31-000-2012-00074-01(AP)]. Ponente: María Claudia Rojas Lasso.

intereses colectivos actúen de oficio⁶⁴, sin que para el ejercicio de tales competencias se requiera que la ciudadanía esté informándoles de las situaciones particulares en las que tales derechos se ven amenazados y/o vulnerados⁶⁵. Lo dicho demanda un monitoreo constante o fiscalización permanente de la realidad a cargo de las entidades competentes, dentro de un marco de razonabilidad y proporcionalidad⁶⁶, pues tampoco cabe imponer a la Administración obligaciones imposibles de cumplir por razones técnicas, jurídicas, económicas o sociales.

Aun cuando pudiera discutirse que en ese marco competencial la acción u omisión de una entidad pública que amenaza o vulnera derechos colectivos involucra un reproche implícito a dichas conductas, para efectos de su protección, mal haría el juez popular en adentrarse en los escollos que emergen de los títulos de imputación⁶⁷ que fundamentan la atribución de los daños antijurídicos en la responsabilidad patrimonial del Estado, puesto que lo que aquel debe garantizar es que el contenido del derecho colectivo no peligre o sea restaurado, para lo cual le bastará con establecer si, en la medida de las posibilidades de dichas entidades, están siendo o fueron cumplidas sus competencias vinculadas con la protección de los derechos colectivos de que se trate.

⁶⁴ Sección Primera. Fallo de 24 de mayo de 2001 [Radicado 13001-23-31-000-2000-0007-01(AP-074)]. Ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado

⁶⁵ Así, por ejemplo, desde el año 2007, en el seno de la Sección Primera de esta Corporación, el criterio reiterado ha sido considerar que la omisión del deber de recuperación del espacio público no requiere que los ciudadanos les informen a las autoridades municipales sobre situaciones que estén vulnerando dicho derecho colectivo. Véase: Sección Primera. Fallo de 15 de febrero de 2007 [Radicado 25000-2326-000-2004-02596-01(AP)]. Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁶⁶ Esta Corporación ha ilustrado el punto que se analiza así: *“Con base en este derecho, por ejemplo, se ha condenado a las entidades públicas por cuya omisión se profundizaron los problemas de inestabilidad de suelos presentes en una localidad, agravados por la realización de unas obras y el rompimiento de unas redes de acueducto y alcantarillado; situación que pese a estar debidamente identificada y presentarse ante los ojos de la comunidad, no fue objeto de solución oportuna por parte de las autoridades responsables* [Sección Primera. Fallo de 10 de octubre de 2012 [Radicado 17001-23-31-000-2010-00326-01(AP)]. Ponente: María Claudia Rojas Lasso]. *También ha sido la base para encontrar responsable a un municipio y a un operador del servicio de energía eléctrica por la prestación del servicio por medio de una red rústica, que no llenaba los requisitos técnicos señalados por la regulación vigente en la materia, con claro riesgo para la seguridad colectiva, por lo cual se les impuso la obligación de reponer la red existente por otra idónea y segura y de adoptar medidas de capacitación para prevenir la ocurrencia de desastres en el sitio donde se presentaba dicha situación* [Sección Quinta. Fallo de 4 de junio de 2001 [Radicado 44001-23-31-000-2000-0421-01(AP-066)]. Ponente: Darío Quiñonez Pinilla]. *Por último, para citar un evento más –entre muchos– en el que este derecho colectivo ha servido de fundamento para la declaración de responsabilidad por el riesgo generado por una situación, se ha invocado asimismo como base para condenar a una entidad que incumplía los mandatos de adecuación de instalaciones y puntos de servicio a las necesidades de la población sorda y sordociega impuestos por la ley 982 de 2005. Lo anterior, por considerar que la falta de las señales luminosas y auditivas legalmente exigidas se traducían en un riesgo elevado e injustificado para las personas que padecen discapacidad auditiva o visual en caso de llegar a presentarse una emergencia o un desastre natural”* [Sección Primera. Fallo de 23 de mayo de 2013 [Radicado 15001-23-31-000-2010-01166-01. Ponente: Guillermo Vargas Ayala] (subrayado fuera del texto). Sección Primera. Fallo de 26 de marzo de 2015 [Radicado 15001-23-31-000-2011-00031-01(AP)]. Ponente: Guillermo Vargas Ayala.

⁶⁷ *“(…) en el juicio de imputación de responsabilidad por omisiones administrativas que se efectúa en las acciones populares no se evalúa la causa del daño (títulos de imputación que derivan responsabilidad subjetiva u objetiva) sino el daño mismo, por dos razones principales. De un lado, porque la acción popular no tiene un contenido indemnizatorio sino que busca prevenir, restituir las cosas a su estado anterior y hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos afectados. De hecho, aunque si bien es cierto que el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 dispone que la sentencia podrá condenar al pago de perjuicios en forma in genere, no debe olvidarse que ese pago no puede desligarse del objeto de la acción popular (artículo 2º de esa normativa), por lo que debe entenderse que esa condena se efectúa cuando con esos recursos la entidad pública a cuyo favor se ordena puede restituir las cosas a su estado anterior o para cubrir los costos que debe invertir como consecuencia de la afectación de los derechos colectivos”.* Sección Quinta. Fallo de 26 de julio de 2002 [Radicado 25000-23-25-000-2001-0544-01(AP-520)]. Ponente: Darío Quiñones Pinilla (subrayado fuera del texto).

En el caso de los particulares, o inclusive de las autoridades públicas cuyas funciones no tengan ninguna vinculación con el derecho e interés colectivo del caso concreto de que se trate, serán primordialmente sus acciones las que justifiquen que el juez ordene que estas cesen y/o que se adopten medidas restaurativas cuando se determine que aquellas lo amenazan y/o vulneran. Esto, sin perjuicio de que, dependiendo de la regulación respectiva, pueda deducirse que sus omisiones también amenazan y/o vulneran dichos derechos cuando respecto de los particulares se establezca la obligación de adoptar específicas acciones.

No sobra indicar que, en el caso del derecho colectivo relacionado con la moralidad administrativa, su propia fenomenología exige que, frente a la acción u omisión que lo amenaza y/o vulnera, se encuentren acreditados no solo los elementos objetivo y subjetivo a los que se ha referido la jurisprudencia de esta Corporación⁶⁸, sino también una causalidad entre estos.

- Un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos.

La protección de los derechos e intereses colectivos amenazados y/o vulnerados exige que el juez popular constate la posibilidad real de daños contingentes y/o la existencia de daños causados a dichos derechos, lo que demanda la tarea de desentrañar el contenido de cada derecho colectivo en orden a determinar, con base en su variada fenomenología, cómo estos pueden resultar afectados. Buena parte de esa labor pasa por la definición y regulación que de tales derechos realicen la Constitución Política, las leyes y los tratados internacionales que vinculen a Colombia, según lo prescribe el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, aspectos que permiten establecer la existencia de una amenaza y/o vulneración del derecho que corresponda.

No sobra recordar que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación⁶⁹, mientras no se haya producido su reconocimiento legal, no puede considerarse que un interés determinado, así tenga carácter general, revista la naturaleza de colectivo, razón por la cual, la primera condición para que puedan predicarse daños respecto de derechos colectivos estriba en que estos, reuniendo las características propias del interés colectivo, estén reconocidos como tales por la Constitución Política, las leyes o los tratados internacionales.

En relación con el alcance de este requisito, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el peligro o amenaza no es el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana⁷⁰ y que corresponderá al juez determinar si se encuentran acreditados hechos fehacientes y cercanos de la existencia real de una conducta de acción o de una omisión, que de manera razonable sea indicadora de la posibilidad casi inmediata del daño contingente o de la efectiva y/o persistente vulneración a derechos e intereses colectivos⁷¹.

⁶⁸ CE. SPCA. Fallo de 1 de diciembre de 2015 [Rad. 11001-33-31-035-2007-00033-01]. MP. Luis Rafael Vergara Quintero. La magistrada ponente de esta decisión aclaró su voto en esa oportunidad.

⁶⁹ Sección Tercera. Fallos de 29 de junio de 2000 [Radicado AP-001]. Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; y 15 de julio de 2004 [Radicado 25000-23-26-000-2002-01834-01(AP)]. Ponente: Germán Rodríguez Villamizar.

⁷⁰ Sección Primera. Fallos de 3 de agosto de 2006 [Radicado 68001-23-15-000-2002-01106-01(AP)]. Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; 18 de marzo de 2010 [Radicado 25000-23-25-000-2004-01513-01(AP)], 28 de marzo de 2014 [Radicado 25000-23-27-000-2001-90479-01(AP)] y 5 de marzo de 2015 [Radicado 15001-23-33-000-2013-00086-01(AP)]. Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno; 11 de agosto de 2016 [Radicado 17001-23-33-000-2012-00309-01(AP)] y 19-jul-18 [76001-23-31-000-2011-00212-01(AP)]. Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés.

⁷¹ Sección Tercera. Fallo de 12 de julio de 2001 [Radicado 73001-23-31-000-2000-1339-01(AP-101)]. Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

En el caso del daño contingente, la jurisprudencia⁷² ha destacado que este, de una parte, debe provenir de hechos concretos y no hipotéticos que amenacen derechos e intereses colectivos, concreción que precisamente le permite al juez popular ordenar la cesación de una conducta, si se trata de acciones, o su realización, si se trata de omisiones; y, de otro lado, puede originarse como consecuencia de conductas que dejen entrever la posibilidad de su ocurrencia.

A su turno, la doctrina⁷³ ha señalado que, por tratarse de un daño no causado, lo que se busca es evitarlo, al detectarse situaciones de peligro, o inclusive, cuando por la fenomenología del derecho colectivo de que se trate, los efectos lesivos del daño se manifiestan paulatinamente con el transcurso del tiempo, lo que se persigue es obstaculizar su producción en ese período.

Recuérdese que la tarea del juez popular en materia de prevención del daño contingente siempre expondrá la contraposición entre el interés colectivo que se busca proteger y el interés de la persona a quien pueda imputársele peligro, contexto en cuyo seno el alcance de dicha prevención podrá variar dependiendo de la magnitud de la posible afectación del interés colectivo en juego, pues, de lo contrario, una óptica pragmática para todos los casos implicará indefectiblemente el riesgo de opresión de libertades individuales⁷⁴.

- La relación de causalidad entre la acción u omisión y la afectación de los derechos e intereses colectivos.

El juez popular debe corroborar si los daños contingentes y/o causados tuvieron origen en la conducta de quienes fungen como demandados⁷⁵ en el respectivo proceso para que, solo en caso afirmativo, proteja los derechos e intereses colectivos dentro del campo de acción establecido en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998.

En este último punto vale la pena insistir en que la definición y regulación que de dichos derechos e intereses colectivos realicen la Constitución Política, las leyes y los tratados internacionales que vinculen a Colombia, puede entrañar valoraciones distintas en torno a la acreditación de este tercer requisito, como sucede, por ejemplo, con los derechos relacionados con el medioambiente, en particular cuando se trata del daño ecológico puro en el que, según lo anota la doctrina española⁷⁶, la prueba del nexo causal puede constituir una auténtica prueba diabólica, dada la frecuente pluralidad de agentes contaminantes, la eventual lejanía entre la ubicación del agente lesivo y el lugar de producción de los efectos y la manifestación diferida en el tiempo de los daños o de su real alcance.

⁷² Sección Quinta. Fallo de 23 de enero de 2003 [Radicado 25000-23-25-000-2001-9305-01 (AP-335)]. Ponente: Mario Alario Méndez.

⁷³ GARRIDO CORDOBERA, Lidia M.R. Los daños colectivos. 1 Ed. Pontificia Universidad Javeriana: Bogotá. 2009. p. 188.

⁷⁴ DE CUPIS, Adriano. El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. Ed. Bosch. Barcelona. 1975. p. 575 y ss.

⁷⁵ La Corte Constitucional en la sentencia C-644/11 [Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio] indicó: *“Acorde con el constitucionalismo occidental contemporáneo, las acciones populares proponen optimizar los medios de defensa de las personas frente a los poderes del Estado, de la administración pública propiamente dicha y de los grupos y emporios económicos de mayor influencia, por ser estos sectores quienes, en razón a su posición dominante frente a la mayoría de la comunidad, están en capacidad de afectar o poner en peligro el interés general. Desde esta perspectiva, las acciones populares parten del supuesto de que quienes las ejercen se encuentran en una situación de desigualdad”*.

⁷⁶ LEÑERO BOHÓRQUEZ, Rosario. La relación de causalidad en la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por daños ambientales. En: Medio Ambiente y Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental. N° 3 de noviembre de 1999. Universidad de Sevilla.

4.2. Aspectos generales de los derechos e intereses colectivos cuya amenaza y/o violación se encuentra acreditada en el proceso

Con base en el análisis de este acápite, los hechos acreditados permiten concluir que efectivamente fue vulnerado uno de los derechos invocados en la demanda, específicamente, el relacionado con la moralidad administrativa.

En orden a fundamentar lo anterior, la Sala realizará inicialmente una delimitación respecto del contenido de cada uno de los derechos e intereses colectivos invocados en la demanda y, posteriormente, con base en los hechos probados en el proceso, se explicarán no solo las razones por las cuales se concluye que respecto del primero existió una efectiva vulneración, mientras que frente al segundo persiste la amenaza de que se produzcan daños contingentes, sino también por qué la(s) conducta(s) de cierta(s) demandada(s) son o fueron la causa de la respectiva vulneración y amenaza.

4.2.1. El derecho colectivo relacionado con la moralidad administrativa (declarado no vulnerado por el aquo)

La jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo⁷⁷ de esta Corporación, en sede del mecanismo de revisión eventual, ha indicado que la delimitación conceptual de la “*moralidad administrativa*”, como derecho colectivo, no puede depender de la idea subjetiva de quien, frente a la actuación cuestionada, decide sobre la observancia, amenaza o vulneración de dicho derecho sino que está relacionada con la intención o propósito que influye en esa actuación respecto de la finalidad de la ley.

Dentro del contexto antedicho, la Sala advirtió que, dada la imposibilidad de abarcar rigurosamente los supuestos que podrían presentarse frente a esa intención o propósito, en la determinación de la vulneración o no del derecho en cuestión servía considerar como parámetros la desviación de poder, el favorecimiento de intereses particulares alejados de los principios que fundamentan la función administrativa, la inobservancia grosera, arbitraria y alejada de todo sustento legal, la conducta antijurídica o dolosa –*en el entendido de que el servidor tiene la intención manifiesta y deliberada de vulnerar el mandato legal que rige su función*–.

La misma Sala subrayó que la moralidad administrativa debe guiar el ejercicio de la función “*administrativa*”⁷⁸, lo que implica un ejercicio acorde con el ordenamiento jurídico y las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, con total honestidad y transparencia. Asimismo, se refirió a los elementos que, en la medida en que se correlacionen, permiten acreditar la configuración de la

⁷⁷ CE. SPCA. Fallo de 1 de diciembre de 2015 [Rad. 11001-33-31-035-2007-00033-01]. MP. Luis Rafael Vergara Quintero. La magistrada ponente de esta decisión aclaró su voto en esa oportunidad.

⁷⁸ Sin perjuicio de la vinculación de la moralidad administrativa con la función “*administrativa*”, en la sentencia de unificación se indicó: “*La Sala Plena no desconoce que existen otros espacios donde tiene manifestación la moralidad, pero tratándose de la moralidad administrativa, la discusión surge al precisar en qué campo se expresa su violación, si es en el ámbito meramente personal del servidor como miembro de una sociedad o en el ámbito de la función administrativa, que es reglada. Si es en el primero, sería complejo determinar si puede darse la violación del derecho colectivo, en la medida en que éste está íntimamente ligado al ejercicio de la función pública, pero que, sin embargo, existe una regulación normativa que sigue al servidor aún por fuera del ejercicio de sus funciones administrativas. Si es en el segundo campo, se piensa que podría darse la violación del derecho colectivo teniendo una fuente extranormativa, en la medida, a título de ejemplo, en que no exista una regulación sobre alguna materia y el funcionario amparado y aprovechándose de ese ‘vacío normativo’ actúe de manera desviada o deshonesto, con el convencimiento de que no se le podrá imputar violación a la ley*”. CE. SPCA. Fallo de 1 de diciembre de 2015 [Rad. 11001-33-31-035-2007-00033-01]. MP. Luis Rafael Vergara Quintero.

amenaza o vulneración del referido derecho colectivo, es decir, de una parte, el quebrantamiento del ordenamiento jurídico (*elemento objetivo*) en cualquiera de sus dos manifestaciones⁷⁹: conexidad con el principio de legalidad y la violación de los principios generales del derecho y, de otra parte, la inmoralidad de la acción u omisión del funcionario (*elemento subjetivo*).

También es importante indicar que esta Corporación de vieja data⁸⁰ ha sostenido que la amenaza o vulneración del derecho a la moralidad administrativa puede, en algunos casos, comportar conjuntamente la de otros derechos colectivos, como sucede con la defensa del patrimonio público, también invocado por el actor popular en este proceso; situación que ilustra, por regla general y dejando a salvo las excepciones del caso, una relación de conexidad, “inescindibilidad”⁸¹ o de “causa-efecto”⁸² entre aquellos, en cuanto atañe a su amenaza o vulneración, como sucede, por ejemplo, cuando se evidencia una falta de “absoluta honestidad y pulcritud”⁸³ en el manejo de los recursos públicos.

4.2.2. El derecho colectivo relacionado con la defensa del patrimonio público (declarado no vulnerado por el a quo)

Al abordar la conceptualización de este derecho colectivo, la jurisprudencia de la Corporación desde tiempo atrás⁸⁴ ha indicado, de una parte, que el “patrimonio público” versa sobre todos los bienes, derechos y obligaciones sobre los cuales el Estado es titular del dominio, titularidad que no en todos los casos se equipara con la del derecho civil⁸⁵ – como sucede, por ejemplo, con los bienes de uso público⁸⁶ en los que se manifiesta una interconexión con la comunidad en general antes que con el Estado como ente administrativo, legislador o judicial – y, de otro lado, que la “defensa” de dicho patrimonio se expresa no solo en el mantenimiento de la

⁷⁹ La magistrada ponente de esta decisión aclaró su voto frente a la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, considerando (i) que existen casos de inmoralidad en los cuales ni la norma positiva ni los principios llegan, pero la moralidad podrá hacerlo cuando se redefina perfectamente; (ii) que la moralidad administrativa no se reduce al ámbito de la función administrativa sino de la función pública; (iii) que por tratarse de de una revisión eventual de una acción popular, la sentencia de unificación debía fijar una postura clara y no realizar una enunciación de providencias proferidas en distintas épocas.

⁸⁰ Sección Tercera. Fallo de 17 de junio de 2001 [Rad. AP-166]. MP. Alier Hernández Enríquez. En esta oportunidad se indicó que “De modo general, tal vez teóricamente pueda imaginarse un daño a la moralidad administrativa aislado de sus consecuencias; sin embargo, en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, el de la libre competencia económica, el de la seguridad pública o el de la prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros”.

⁸¹ Sección Tercera. Fallo de 12 de octubre de 2006 [Rad. 15001-23-31-000-2004-00857-01(AP)]. MP. Ruth Stella Correa Palacio.

⁸² Sección Quinta. Fallo de 24 de julio de 2003 [Rad. 73001-23-31-000-2002-0636-01(AP-606)]. MP. Denise Duviau de Puerta; Sección Tercera. Fallo de 15 de agosto de 2007 [Rad. 88001-23-31-000-2005-00004-01(AP)]. MP. Ruth Stella Correa Palacio.

⁸³ Corte Constitucional. C-06/94. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz y Consejo de Estado. Sección Tercera. Fallo de 15 de abril de 2004 [Rad. 76001-23-31-000-2001-04017-01(AP)]. MP. Alier Hernández Enríquez.

⁸⁴ Sección Tercera. Fallo de 31 de mayo de 2002 [Rad. 25000-23-24-000-1999-9001-01(AP-300)]. MP. Ligia López Díaz.

⁸⁵ Sección Tercera. Fallos de 16 de febrero de 2001 [Rad. 16596]. MP. Alier Hernández Enríquez; 21 de febrero de 2007 [Rad. 25000-23-25-000-2004-00413-01(AP)]. MP. Mauricio Fajardo Gómez; y 21 de mayo de 2008 [Rad. 76001-23-31-000-2005-01423-01(AP)]. MP. Ramiro Saavedra Becerra.

⁸⁶ En fallo de 29 de noviembre de 2018 [Rad. 17001-23-33-000-2013-00372-01(AP)] esta Sala tuvo oportunidad de recordar la relación de “causa-efecto” o “género-especie” que la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido en determinados eventos entre algunos derechos colectivos, como sucede, por ejemplo, entre la defensa del patrimonio público y la defensa de los bienes de uso público, sin perjuicio de la regulación autónoma que los mismos puedan tener [Sección Tercera. Fallo de 18 de junio de 2008 [Rad. 70001-23-31-000-2003-00618-01(AP)]. Ponente: Ruth Stella Correa Palacio].

integridad⁸⁷ de su contenido sino también en su administración y ejecución eficiente, transparente y responsable, de acuerdo con la respectiva normativa aplicable.

4.3. La configuración de la vulneración del derecho relacionado con la moralidad administrativa

i) Frente a la supuesta vulneración del derecho en cuestión, fundada en que el convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006 estuvo amparado en una normativa inaplicable, específicamente el artículo 355 de la Constitución Política y los Decretos 777 de 1992⁸⁸, 1403 de 1992⁸⁹ y 2459 de 1993⁹⁰ que lo desarrollaron, observa la Sala lo siguiente:

En relación con los sujetos con quienes pueden suscribirse los “*contratos*” objeto del artículo 355 de la Constitución Política⁹¹, este dispone que ellos se celebran únicamente con entidades privadas sin ánimo de lucro y en el presente caso, la Fundación es una persona jurídica sin ánimo de lucro de participación mixta, es decir, su patrimonio⁹² estaba constituido por aportes de origen público y privado.

⁸⁷ Sección Tercera. Fallo de 21 de mayo de 2008 [Rad. 76001-23-31-000-2005-01423-01(AP)]. MP. Ramiro Saavedra Becerra.

⁸⁸ “Por el cual se reglamenta la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política”.

⁸⁹ “Por el cual se modifica el Decreto 777 de 1992”.

⁹⁰ “Por el cual se adoptan disposiciones en relación con los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política”.

⁹¹ En relación con las asignaciones de bienes o recursos sin una contraprestación directa e inmediata a cargo del beneficiario a las que se refiere el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política, la Corte Constitucional en sentencia C-507/08 [MP. Jaime Córdoba Triviño] ha indicado que “(...) para que este tipo de asignaciones resulten ajustadas a la Carta, se requiere que satisfagan, cuando menos, cuatro requisitos constitucionales (...) En primer lugar, toda asignación de recursos públicos debe respetar el principio de legalidad del gasto. En segundo término, toda política pública del sector central, cuya ejecución suponga la asignación de recursos o bienes públicos, debe encontrarse reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo y en el correspondiente plan de inversión. Adicionalmente, toda disposición que autorice una asignación de recursos públicos sin contraprestación por parte del beneficiario, tiene que encontrarse fundada en un mandato constitucional claro y suficiente que la autorice. Por último, debe respetar el principio de igualdad”.

⁹² De acuerdo con el artículo 9 de los estatutos de la Fundación “Artículo 9. Patrimonio. El patrimonio de la Fundación estará constituido por los aportes que al mismo efectúen sus fundadores, por lo demás bienes y recursos que reciba de cualquier persona a título gratuito u oneroso, y que no hayan sido destinados por la misma a la financiación de un proyecto o actividad determinada, en el acto de disposición respectivo, así como por los demás bienes que adquiera a cualquier título. El patrimonio inicial, equivalente a la suma de catorce millones de pesos \$14.000.000, estará constituido por los aportes iniciales de sus fundadores, efectuados tan pronto la fundación esté debidamente constituida, y que no supere un periodo 2 meses en las siguientes cuantías: a) Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, la suma de \$2.000.000, representados en los bienes que se harán efectivos una vez se cumplan los requisitos legales y fiscales para exclusión de bienes y actualización de inventarios por parte de la Unidad de Parques y posteriormente se proceda a la respectiva valoración y aprobación por parte de los fundadores, b) por el Instituto de Investigación de Recursos Biológicos ‘Alexander Von Humboldt’ la suma de \$2.000.000, por la Asociación Red de Reservas Naturales de la Sociedad Civil la suma de \$2.000.000, por la Fundación natura la suma de \$2.000.000, por la Fundación CIPAV la suma de \$2.000.000, por la Asociación de Corporaciones Autónomas Regionales – ASOCARS – la suma de \$2.000.000, y por la Pontificia Universidad Javeriana la suma de \$2.000.000.

Parágrafo Primero. La Fundación sólo podrá emplear para la ejecución de sus actividades y la financiación de proyectos, el valor de los rendimientos financieros que produzcan los recursos que integran su patrimonio, y las sumas que le sean entregadas mediante donaciones, convenios y contratos para su administración o para la ejecución de proyectos o actividades determinadas en los mismos.

Parágrafo Segundo. Los aportes y donaciones en especie con destino al patrimonio de la Fundación podrán ser bienes muebles o inmuebles, y deberán ser previamente valorados y aceptados por la Junta Directiva.

En este punto cabe advertir que, respecto de las corporaciones o fundaciones de participación mixta, el artículo 2.3.⁹³ del Decreto 777 de 1992 excluyó del ámbito de aplicación de los “contratos” del artículo 355 de la Constitución Política toda apropiación presupuestal decretada a su favor⁹⁴, lo cual se justifica no solo en que aquellas no se incorporan dentro de la categoría de “entidad sin ánimo de lucro privada” sino que, además, por tratarse de entidades descentralizadas por servicios de carácter mixto, todo recurso público que financie sus gastos debe haber sido apropiado en el Presupuesto General de la Nación⁹⁵.

Parágrafo Tercero. Todos los recursos con los que LA FUNDACIÓN financie sus actividades, independientemente que hagan parte del patrimonio de la Fundación o bien que se destinen a un proyecto o actividad determinada, lo serán para actividades ecológicas y de protección ambiental, así como los rendimientos financieros que dichos recursos produzcan”.

⁹³ “Decreto 777/92. Artículo 2. Exclusiones. Están excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto:

“(…)”

“3. Las apropiaciones presupuestales decretadas a favor de personas jurídicas creadas por varias entidades públicas, como son las cooperativas públicas, o de corporaciones y fundaciones de participación mixta en cuyos órganos directivos estén representadas entidades públicas en forma proporcional a sus aportes de acuerdo con las disposiciones estatutarias de la corporación o fundación.

“(…)”

⁹⁴ Aunque las corporaciones o fundaciones de participación mixta no son “Secciones Presupuestales”, sí pueden ser “Unidades Ejecutoras”, concepto este en relación con el cual, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público ha indicado que “(…) corresponde a un segundo nivel de desagregación de una sección presupuestal, establecida para la presentación del gasto dentro del anexo del Decreto de Liquidación. Puede corresponder a la misma sección principal (Gestión general), sus órganos y entidades adscritos o vinculados (descentralizados) o área administrativa subordinada a una unidad responsable, en la cual se desconcentra parte del ejercicio presupuestario (cada una de las fuerzas del sector defensa, los recursos asignados para pensiones, para salud, etc.), de conformidad con lo establecido en el artículo 2.8.1.5.2 del DUR 1068 de 2015”. MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Aspectos Generales del Proceso Presupuestal Colombiano. 4ª Edición. 2019. pp. 210-211. Para cuando fue suscrito el convenio, el Decreto 4730/15 establecía que el anexo del decreto de liquidación del presupuesto en lo correspondiente a gastos incluiría, entre otros, a las unidades ejecutoras, las cuales, además de las “unidades ejecutoras” de órganos y entidades específicas del PGN, comprendían a “Las demás dependencias de los órganos no mencionadas en este artículo agrupadas bajo la denominación: Gestión General”.

⁹⁵ En el marco del artículo 355 de la Constitución Política, la Corte Constitucional en la sentencia C-254/96 [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz] indicó que “Por vía negativa, no se consideran auxilios o donaciones, las transferencias presupuestales que se hacen a entidades descentralizadas”, sin perjuicio de que en las sentencias C-506/94 [MP. Fabio Morón Díaz] y C-219/15 [MP. Mauricio González Cuervo] advirtiera que “(…) el régimen que permite la conformación de las fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, con carácter mixto por la participación de aportes de la Nación y de sus entidades descentralizadas, en todo caso significa la posibilidad de utilizar formas válidas y legítimas de asociación y participación en la gestión de fines públicos o de la atención y de la prestación de verdaderos servicios públicos, y no comportan por sí mismas un simple traslado de recursos públicos a los particulares” (subrayado fuera del texto).

Asimismo, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación ha indicado que “(…) si bien es cierto, las personas jurídicas que se creen en virtud del artículo 96 de la ley 489 de 1998, son entidades descentralizadas indirectas que pueden estar vinculadas a la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, también lo es, que su patrimonio no se conforma exclusivamente de fondos públicos, sino con recursos de los particulares asociados, los cuales no están cubiertos dentro del ámbito de aplicación del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

“Con base en lo anterior, la Sala considera que la aplicación del régimen presupuestal de los establecimientos públicos a las personas jurídicas de carácter mixto constituidas en desarrollo del artículo 96 de la ley 489 de 1998, sólo puede predicarse de los recursos públicos que ingresen a su patrimonio a título de participación o aporte, así como, de aquellos que sean entregados directamente a las mismas a título de donación, en los términos de los artículos 33 y 34 del decreto 111 de 1996, como se explicará en el capítulo siguiente.

“(…)”

“Cabe mencionar que la aplicación parcial del régimen previsto para los establecimientos públicos a las asociaciones de carácter mixto, según el tipo de recursos que ingresan al patrimonio de estos entes descentralizados indirectos, tiene como antecedente el pronunciamiento de la Corte Constitucional realizado en la Sentencia C-275 de 1998, a propósito de la sujeción de las Corporaciones Autónomas Regionales al artículo 4º del decreto 111 de 1996 (…).” CE. SCSC.

Lo anterior explica, por ejemplo, que el artículo 27⁹⁶ de los estatutos de la Fundación hubiera previsto la posibilidad de que ésta, por sí misma, en su condición de entidad descentralizada por servicios indirecta de carácter mixto, aportara recursos de la Nación en convenios suscritos con entidades sin ánimo de lucro, con las limitaciones y requisitos del artículo 355 de la Constitución Política.

Se equivoca el apoderado de la UAESPNN –*que no su director*– cuando en la respuesta⁹⁷ al oficio N° 10P del 4 de febrero de 2013 afirmó que “(...) los criterios de escogencia de la Fundación para desarrollar el convenio (...), están determinados en que ésta cumplía los lineamientos para suscribir el convenio 122/2006, indicados en lo planteado del artículo 355 de la Constitución Nacional, en concordancia con el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 (...)”.

Si bien la constitución de la Fundación de participación mixta ejemplifica una de las aplicaciones del artículo 96 de la Ley 489 de 1998⁹⁸, no sucede lo mismo con el convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, teniendo en cuenta lo siguiente:

- La participación de entidades públicas y particulares en el patrimonio de la Fundación materializó la posibilidad prevista en el primer inciso del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, según el cual las entidades estatales pueden asociarse con personas jurídicas particulares mediante, entre otras alternativas, la creación de personas jurídicas – dentro de las que caben las fundaciones y corporaciones – para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley. Se

Concepto de 9 de noviembre de 2006 [Rad. 11001-03-06-000-2006-00079-00 (1766)]. MP. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

⁹⁶ “Artículo 27. De los convenios y contratos. Los aportes destinados a LA FUNDACIÓN, se registrarán por los convenios especiales que se suscriban con el respectivo aportantes, cooperante o donante. En dichos convenios o acuerdos, deberán contemplarse cuando menos, y de manera específica, las condiciones del desembolso, la conformación, de ser necesario, de un Comité de Subcuenta, su naturaleza decisoria o consultiva, la integración a la misma del ejecutante del proyecto, y las demás particularidades a que se sujetará la asignación y ejecución de los recursos aportados.

“Los convenios suscritos con entidades sin ánimo de lucro en que se aporte por parte de LA FUNDACIÓN, recursos de la Nación, deberán sujetarse a las limitaciones y requisitos previstos en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia y demás normas pertinentes” (subrayado fuera del texto).

⁹⁷ Folios 421 a 422, c. 1.

⁹⁸ “Ley 489/98. Artículo 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

“Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

“Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

“En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos:

“a) Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes;

“b) Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas;

“c) La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad;

“d) La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares;

“e) La duración de la asociación y las causales de disolución”.

cristalizó la posibilidad en cuestión porque las entidades públicas y los particulares que constituyeron la Fundación participaron con los aportes que convinieron en el patrimonio de esta.

- El convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006 no materializó la posibilidad prevista en el inciso primero del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en cuyo texto se consagra que las entidades estatales pueden asociarse con personas jurídicas particulares mediante, entre otras alternativas, la celebración de convenios de asociación para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley. No se cristalizó la referida posibilidad porque la Fundación no es una persona jurídica particular sino una entidad descentralizada por servicios de carácter mixto.

En cambio, el convenio en cuestión sí materializó la posibilidad prevista en el inciso primero del artículo 95 de la Ley 489 de 1998⁹⁹, según el cual las “*entidades públicas*” podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de “*convenios interadministrativos*”¹⁰⁰.

Sin perjuicio de lo expuesto, salvo por la referencia en alguno de los considerandos¹⁰¹ del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006 al artículo 355 de la Constitución Política, en el resto de su clausulado no considera la Sala que dicho convenio haya estado sometido a las reglas de esa disposición ni tampoco a los Decretos 777 de 1992, 1403 de 1992 y 2459 de 1993 que la desarrollaron¹⁰², razón por la cual, al menos por lo que reprocha el actor

⁹⁹ “Ley 489/98. Artículo 95. Asociación entre entidades públicas. Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

“Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal”.

¹⁰⁰ En referencia a esta figura, esta Corporación ha indicado que “Los Convenios Institucionales revisten la forma de convenios interadministrativos, cuando las partes que concurren a su celebración son las entidades a las que se refiere el artículo 2º de la Ley 80 de 1993 (...)”. CE. S3/sC. Fallo de 23 de mayo de 2012 [Rad. 25000-23-26-000-1998-01471-01(22828)]. MP. Olga Mérida Valle de De la Hoz. Cabe también indicar que la Corte Constitucional en la sentencia C-671/15 [MP. Alberto Rojas Ríos] indicó que el “convenio interadministrativo” se predica cuando “las dos partes de la relación jurídica contractual formen parte de la administración pública”, sin que importe si, además, intervienen particulares como partes del mismo convenio, conclusión esta última que se desprende de la aseveración de ese mismo tribunal, en el sentido de que “El convenio interadministrativo fue consagrado en los Artículos 95 y 96 de la Ley 489 de 1998” (subrayado fuera del texto).

¹⁰¹ En efecto, se dispuso en los considerandos del convenio: “4) Que el artículo 95 de la citada Ley establece que las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos.

“5) Que la Ley 489 de 1998 establece, en su artículo 96, que las entidades estatales, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna la Ley. Los Convenios de Asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la C.P., en ellos, se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes”.

¹⁰² Los convenios de asociación suscritos con entidades privadas sin ánimo de lucro, en vigencia de la normativa reseñada [artículo 1, Decreto 777/92] se sujetan a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, salvo lo previsto en aquella [así por ejemplo, el

popular frente a la vulneración de esa específica normativa, al no encontrarse acreditado dicho elemento objetivo, no es posible deducir la vulneración del derecho a la moralidad administrativa, por lo que el cargo no prospera.

ii) Frente a la supuesta vulneración del derecho en cuestión, fundada en que el convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006 le permitió a la Fundación el ejercicio de funciones y facultades que contradicen las finalidades de una persona jurídica sin ánimo de lucro –*particularmente porque se pactó el cobro a favor de la Fundación del 7.5% sobre las sumas de dinero que ella administraba*–, observa la Sala lo siguiente:

De acuerdo con el párrafo cuarto de la cláusula tercera del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006¹⁰³, la Fundación podía descontar, por concepto de administración de los recursos entregados por el INCODER, un “overhead” del 7.5% del total de los recursos efectivamente girados en forma mensual. Sobre el término “overhead” en la aclaración¹⁰⁴ al dictamen¹⁰⁵ presentado por el perito contador público, este afirmó que (se transcribe de forma literal, incluidos los eventuales errores):

“Los ‘Overhead Costs’, ‘Overhead Expenses’ o simplemente ‘Overhead’ son los Gastos de Operación (Operating Expenses) y los Gastos Generales (General Expenses) en que una empresa incurre para poder funcionar, es decir, los Gastos Administrativos (Administrative Expenses), los Gastos de Venta (Selling Expenses) y Gastos Generales (General Expenses), por ejemplo, electricidad, sueldos, alquileres, etc., que no pueden asociarse de manera directa con el costo de venta (caso de una empresa mercantil) o bien con el costo de producción (en el caso de una empresa fabril), razón por la cual se incluyen como parte de los ‘Overhead Costs’ los Gastos indirectos de Fabricación o Carga Fabril indirecta (Indirecting Manufacturing Costs or Factory Overhead) en una compañía manufacturera.

Es decir, un ‘Overhead Cost’ es todo costo o gasto no asociado directamente ya sea con el costo de venta o con el costo de producción e incluyen tanto Costos Fijos (Fixed Costs) como Costos Variables (Variable Costs).

Por otra parte, es necesario tener presente que en inglés al igual que en el español tiende a tomarse como sinónimo costo y gasto, a pesar de que contable y financieramente existan diferencias sutiles entre ambos términos.

registro presupuestal de los convenios] y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes.

¹⁰³ “CLÁUSULA TERCERA- APORTES (...)

“PARÁGRAFO CUARTO: LA FUNDACIÓN descontará por concepto de administración de los recursos entregados por el INCODER, un overhead del 7.5% del total de los recursos efectivamente girados, en forma mensual.

“(...)”.

¹⁰⁴ Folios 490 a 496, c. 1.

¹⁰⁵ De acuerdo con el auto de 21 de septiembre de 2011 [Folios 300 a 303, c. 1] que decretó el dictamen pericial [obrante en 1383 folios, c. 13 y 14], este debía realizarse por un perito contable “(...) con vista en los libros de contabilidad de la Fundación y las demás entidades accionadas, siempre y cuando se requiere de ello, sobre:

“• Los costos del Plan de Manejo del Parque, acciones y/o operaciones de control, vigilancia, conservación y mantenimiento, proyectos de ecoturismo, estudios e investigaciones realizadas en el parque.

“• Los descuentos – overhead – por la administración de los recursos entregados por el Incoder.

“• Los rendimientos financieros generados con ocasión del convenio y si estos fueron reinvertidos.

“• Los recursos no ejecutados una vez finalizado el convenio, así como la constancia de su devolución al Incoder”.

En resumen, los ‘Overhead Costs’ pueden agruparse en cuatro clases: Gastos Administrativos (Administrative Expenses), Gastos de Venta (Selling Expenses), Gastos Generales (General Expenses) y Carga Fabril Indirecta (Factory Overhead).

Por lo tanto, ‘Overhead Costs’, en mi opinión, podría traducirse como ‘Costos o Gastos no relacionados directamente con el Costo de Venta y el Costeo de Producción’.

En relación con el descuento en cuestión, en el “Informe Final de Supervisión conjunta del Convenio de Cooperación No. 122 de 2006, suscrito entre la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales de Colombia – UAESPNN del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial – la Unidad –, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER y la Fundación Fondo de Apoyo a la Biodiversidad y las Áreas Protegidas de Colombia – la Fundación”¹⁰⁶, presentado el 26 de octubre de 2011, se indicó que ascendió a \$260’372.442, correspondiente al 7.5% del recaudo total, por valor de \$3.471’632.565.

Dicho descuento tiene relación directa con el objeto de la Fundación, el cual, como se recordará, versa sobre la búsqueda, consecución, gestión, administración, canalización y asignación de recursos financieros dirigidos hacia diversos tipos de áreas protegidas y estrategias de ordenamiento ambiental del territorio para la conservación, uso y manejo sostenible de la biodiversidad, así como el apoyo al fortalecimiento de la capacidad institucional del Sistema Nacional de Áreas Protegidas de Colombia – SINAP – y de sus diferentes actores públicos y privados, con miras a contribuir a su sostenibilidad financiera.

La Corte Constitucional¹⁰⁷ ha indicado que el hecho de que las asociaciones u organizaciones sin ánimo de lucro no persigan una finalidad lucrativa, no significa que no desarrollen actividades que generen utilidades, pero, a diferencia de las sociedades comerciales, el lucro o ganancia obtenida por aquellas no se reparte entre sus miembros, sino que se integra a su patrimonio para la obtención del fin deseado.

Dentro de ese contexto, para la Sala es claro que, de acuerdo con el párrafo primero del artículo 9¹⁰⁸ de los estatutos de la Fundación, las sumas que aquella cobraba por concepto del “overhead”, en virtud de la cláusula tercera del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, se incorporaban a su patrimonio y en ningún momento – *al menos no existe evidencia ninguna en el proceso* – las utilidades de las actividades desarrolladas por aquella fueron repartidas entre sus miembros.

Por lo demás, pretender que una Fundación mixta crezca y se consolide como entidad sin ánimo de lucro, sin que sus actividades puedan ser remuneradas es desconocer el espíritu con el cual fueron creadas dichas personas jurídicas, promoviendo una óptica de organismos que desarrollan su objeto con resultados

¹⁰⁶ Folios 971 a 981, c. 12.

¹⁰⁷ C-287/12. MP. María Victoria Calle Correa y C-284/17. MP. Iván Humberto Escrucera Mayolo.

¹⁰⁸ “Artículo 9. Patrimonio. El patrimonio de la Fundación estará constituido por los aportes que al mismo efectúen sus fundadores, por lo demás bienes y recursos que reciba de cualquier persona a título gratuito u oneroso, y que no hayan sido destinados por la misma a la financiación de un proyecto o actividad determinada, en el acto de disposición respectivo, así como por los demás bienes que adquiera a cualquier título. (...)

“Párrafo Primero. La Fundación La Fundación sólo podrá emplear para la ejecución de sus actividades y la financiación de proyectos, el valor de los rendimientos financieros que produzcan los recursos que integran su patrimonio, y las sumas que le sean entregadas mediante donaciones, convenios y contratos para su administración o para la ejecución de proyectos o actividades determinadas en los mismos.

“(…)” (subrayado fuera del texto).

financieramente no sostenibles en el tiempo y que podrían poner en riesgo su propia existencia.

De conformidad con lo expuesto, la sola circunstancia de que en el convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006 se hubiera previsto que la Fundación descontaría a su favor un 7.5% del total de los recursos efectivamente girados en forma mensual, no permite configurar el elemento objetivo para deducir la vulneración del derecho a la moralidad administrativa y, por el contrario, dicha previsión hizo parte de una cláusula que, considerando el objeto de esa organización, tenía una justificación legítima acorde con el ordenamiento jurídico. En virtud de lo anterior, el cargo no prospera.

iii) Frente a la supuesta vulneración del derecho en cuestión fundada en que el convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006 no satisfizo requisitos específicos (*estudios, documentos y permisos previos, la autorización del CONFIS para que se comprometieran recursos que eran objeto de vigencias futuras, el certificado de disponibilidad presupuestal y el registro presupuestal*), observa la Sala lo siguiente:

Teniendo en cuenta que el reproche del actor popular involucra la inobservancia de normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – *EGCAP*– al menos por ese cuestionamiento resulta necesario que la Sala determine cuál es la naturaleza del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, en la medida en que de ello dependerá la aplicación de dicha normativa. A su turno, la aplicación del Estatuto Orgánico del Presupuesto –*EOP*– no depende de que un contrato esté o no sometido al *EGCAP* sino de que se trate de un compromiso en virtud del cual se ejecuten recursos del Presupuesto General de la Nación.

La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que en la práctica de las relaciones establecidas en desarrollo de las actividades de la Administración, se acude a la figura de los “*convenios interadministrativos*”, previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, cuando dos (2) o más entidades públicas cooperan para gestionar¹⁰⁹ el cumplimiento conjunto de sus funciones administrativas o la prestación de servicios públicos a su cargo, finalidad que acarrea, si aquellas se obligan patrimonialmente, que dichos convenios constituyan contratos¹¹⁰ en toda la extensión del concepto y con los efectos respectivos¹¹¹.

¹⁰⁹ CE. S3. Fallos de 7 de octubre de 2009 [Rad. 25000-23-24-000-2000-00754-01(35476)] y [sC] 24 de enero de 2011 [Rad. 52001-23-31-000-1996-08183-01 (15940)]. MP. Enrique Gil Botero. En esas providencias se indicó que “(...) los convenios interadministrativos son formas de gestión conjunta de competencias administrativas que asumen el ropaje del negocio jurídico y, al hacerlo, regulan intereses que aunque coincidentes son perfectamente delimitables”.

¹¹⁰ CE. S3. Fallo de 23 de junio de 2010 [Rad. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17860)]. MP. Mauricio Fajardo Gómez (E). Es importante señalar que en esta sentencia el convenio interadministrativo, además de su finalidad asociativa, sí involucraba prestaciones patrimoniales dado que tenía por objeto la cofinanciación de un proyecto entre el Departamento de Risaralda y el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social.

CE. S3/sA. Fallo de 26 de noviembre de 2014 [Rad. 25000-23-26-000-1999-02856-01(29906)]. MP. Hernán Andrade Rincón. En esta providencia que refrendó la anterior en relación con las obligaciones patrimoniales, se trató el caso de un convenio interadministrativo, sin ninguna finalidad asociativa, suscrito entre el Departamento de Cundinamarca y Codeter Ltda., cuyo objeto era la construcción de una obra pública.

¹¹¹ De acuerdo con la Corte Constitucional en la sentencia C-671/15 [MP. Alberto Rojas Ríos], si bien la Ley 1150/07 al prever los casos en los que procede la contratación directa se refiere a los “*contratos interadministrativos*”, “esto no implica que la excepción a la licitación pública sólo se aplique a éstos y no a los convenios interadministrativos, puesto que ello conduciría a una interpretación irrazonable según la cual esta modalidad contractual, cuyo objeto y finalidad sólo interesa a la administración, deba ser celebrado siguiendo el procedimiento de selección objetiva y en la cual únicamente será proponente aquélla. En tal sentido, la causal de contratación directa es aplicable a los convenios y a los contratos interadministrativos”.

Dentro de ese mismo contexto, la jurisprudencia ha reconocido la utilización de la figura de los “*convenios interadministrativos*” para calificar otro tipo de acuerdos que no corresponden a la naturaleza y efectos de los contratos, en los que, si bien se presenta un concurso de voluntades entre las partes, no se generan obligaciones susceptibles de ser exigidas jurídicamente¹¹².

La Sala de Consulta y Servicio Civil¹¹³ de esta Corporación se ha referido a los “*convenios interadministrativos*” a los cuales alude el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, calificándolos de “*puros*” y entendiendo que estos, además de perseguir la finalidad de cooperación antes indicada, no implican intereses contrapuestos ni tampoco se circunscriben a un “*intercambio patrimonial*”. Sin perjuicio de lo anterior, en otra oportunidad, la misma Sala¹¹⁴ había indicado que, si bien en dichos convenios no se daba un “*verdadero intercambio de bienes o servicios (contrato conmutativo)*”, ello no impedía que se conviniera una remuneración a cargo de alguna(s) entidad(es).

Lo expuesto evidencia que, en general, las interpretaciones en torno a los “*convenios interadministrativos*” previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en el propósito de encasillarlos dentro de una categoría normativa delimitada en su estructura, elementos y régimen jurídico, han sido dubitativas al vincular o no las obligaciones propias de dichos convenios con las de los contratos estatales sometidos al EGCAP, las cuales tienen por objeto prestaciones patrimoniales¹¹⁵.

Que una obligación¹¹⁶ tenga por objeto prestaciones patrimoniales significa que estas, objetivamente consideradas, tienen un valor económico, característica que por naturaleza se predica respecto de las prestaciones “*de dar*”, aunque no es exclusiva de ellas, así por ejemplo, dicho valor puede deducirse en las que son “*de hacer*”, no solo en los casos en los que respecto de estas se acuerda una remuneración a cambio sino también cuando en el contrato existe una mutua “*compensación*” implícita¹¹⁷.

¹¹² CE. S3. Fallo de 23 de junio de 2010 [Rad. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17860)]. MP. Mauricio Fajardo Gómez (E).

¹¹³ CE. SCSC. Concepto de 1 de noviembre de 2016 [Rad. 11001-03-06-000-2016-00125-00(2305)]. MP. Germán Alberto Bula Escobar.

¹¹⁴ CE. SCSC. Concepto de 30 de abril de 2008 [Rad. 11001-03-06-000-2008-00013-00(1881)]. MP. Enrique José Arboleda Perdomo. En esta oportunidad, la Sala indicó que el contenido “*obligacional*” de los convenios se estructura definiendo el resultado querido por las partes y los medios que cada entidad despliega para la obtención del respectivo objeto.

¹¹⁵ La normativa vigente del EGCAP [*literal c) del numeral 4. del artículo 2 de la Ley 1150/07*] se refiere a “*contratos interadministrativos*” en los que sí existe dicha contraposición de intereses, lo cual obedece a que las relaciones obligatorias que estos plantean, a diferencia de los regulados por el artículo 95 de la Ley 489/98, carecen de la finalidad asociativa, en la medida en que persiguen preponderantemente la satisfacción de necesidades contractuales de las entidades estatales, sin perjuicio de los fines que motivan la contratación en los términos del artículo 3 de la Ley 80/93.

¹¹⁶ De acuerdo con la doctrina “*Una relación jurídica es patrimonial cuando versa sobre bienes o intereses que poseen naturaleza económica. Los bienes y los intereses poseen naturaleza económica cuando pueden ser objeto de valoración. Esta valoración debe medirse de una manera objetiva, es decir, con independencia de cuál sea la postura o actitud del sujeto con respecto a los bienes en cuestión. Así, por ejemplo, aun cuando el interés el sujeto respecto de un bien sea puramente sentimental o de afección, la relación jurídica será patrimonial siempre que el bien sobre el que recaiga, objetivamente considerado, posea un valor económico*”. DíEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción Teoría del contrato. 6ª ed. Civitas/Thomson Reuters. 2007. p. 73. Vol. I.

¹¹⁷ De acuerdo con la doctrina “*(...) puede llegarse a la conclusión de que los bienes objeto de una prestación de dar, cualquiera que esta sea, objetivamente considerados, poseen siempre un valor económico. Igualmente, los servicios y las omisiones, en cuanto determinan un sacrificio económico, poseen también objetivamente considerados un valor económico. Esto es, además, perfectamente claro en todos aquellos casos en que el servicio o la omisión tiene su contraprestación. Por ejemplo, el mantenimiento de una línea ideológica es remunerado junto con el trabajo de dirección. Puede ocurrir incluso que dos tipos de servicios se compensen entre sí*

En este punto es importante advertir que, más allá de las dificultades¹¹⁸ en torno a la categorización de los “*convenios interadministrativos*” previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, materialmente la cooperación que ellos patrocinan puede ser económica, técnica o administrativa, modalidades que no se contraponen a la finalidad¹¹⁹ asociativa de las entidades que suscriben dichos convenios para el cumplimiento conjunto de sus funciones administrativas o la prestación de servicios públicos a su cargo.

Desde luego que tales convenios no pueden rebasar los límites de la finalidad para la cual fueron instituidos, lo cual sucedería, por ejemplo, si a través de estos se alteraran, renunciaran o transfirieran¹²⁰ competencias indisponibles o, en general, se transgrediera el interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de la función administrativa.

Si bien la finalidad de asociación de los convenios en cuestión excluye la contraposición de intereses entre las entidades que los suscriben, esa circunstancia no deviene en que las prestaciones que son objeto de sus obligaciones escapen a un carácter patrimonial, con mayor razón cuando no se está en presencia de una cooperación exclusivamente administrativa sino además

mutuamente, caso en el cual es esa mutua compensación la que está midiendo también su valor y su alcance económico. Por ejemplo, en el caso citado por Giorgianni, los servicios de acompañamiento se compensan o retribuyen con los alimentos y la educación. Llevando la cuestión hasta su límite, el problema habría que plantearlo en el caso en que una prestación sin ningún alcance económico constituyera el contenido único de una obligación. Aparte de que el supuesto es muy difícil de concebir, creo que en tal caso nos encontraríamos en presencia de una figura distinta, pero no de una verdadera y propia obligación. Por ejemplo, servicios prestados por amistad o buenos oficios. La obligación es, ante todo, un cauce de cooperación de las personas dentro de la vida económica. A través de ella se trata de hacer dinámica la vida económica mediante el intercambio de bienes y la cooperación en la prestación de servicios. En la medida en que los bienes poseen carácter económico y los servicios determinan un sacrificio de idéntica naturaleza, puede decirse que la obligación posee siempre un carácter objetivamente patrimonial”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias. 6ª ed. Civitas/Thomson Reuters. 2008. pp. 110 a 111. Vol. II.

¹¹⁸ La doctrina alemana de antaño reconocía no solo que el “*convenio*” permitía diferenciar del contrato aquellos actos que no se limitan a la reglamentación de las relaciones jurídicas de los que intervienen en el acto o de los favorecidos por ellas, sino, además, que para la concreción jurídica de la especialidad de dichos actos nada se gana con un concepto abstracto como el de “*convenio*”, y que por el contrario, lo que importaba era precisamente valorar la especialidad de cada uno de tales actos, con independencia de que fueran contratos. FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. 4ª edición. Fundación cultural del notariado. España. 1998. p. 707.

¹¹⁹ Algunos sectores de la doctrina contemporánea señalan que “*La causa y no el objeto, debería ser el elemento determinante de la naturaleza convencional o contractual de un negocio jurídico. De acuerdo con esta interpretación, un negocio jurídico tendría naturaleza convencional cuando, aún coincidiendo su objeto con el de alguno de los contratos regulados en la LCSP, las Administraciones públicas intervinientes los celebren con la finalidad de coordinar, cooperar o auxiliarse en la planificación o ejecución de las actuaciones que pretenden desarrollar, es decir, cuando persigan un objetivo común (...) mientras que un negocio jurídico tendrá naturaleza contractual cuando con él se persiga una finalidad prevalentemente patrimonial*”. SANTIAGO IGLESIAS, Diana. *Cooperación horizontal: los convenios interadministrativos*. En: *Tratados de Contratos del Sector Público*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2018. p. 625. T. I.

¹²⁰ En el derecho comparado, el Tribunal Supremo Español ha considerado que en los convenios interadministrativos si bien las técnicas de cooperación / colaboración y coordinación se orientan a flexibilizar y prevenir disfunciones derivadas del propio sistema de distribución de competencias, aunque sin alterar, en ninguno de los casos, la titularidad y el ejercicio de las competencias propias de los entes respectivos, las consecuencias y efectos de ambas técnicas no son equiparables, puesto que toda coordinación conlleva un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado. Asimismo, ha indicado que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las funciones atribuidas a los órganos de cooperación / colaboración son ordinariamente deliberantes o consultivas, lo que evidencia que su interferencia en el ejercicio de las competencias por sus titulares efectivos queda en cualquier de los casos total y absolutamente preservada. Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de 11 de julio de 2000 [Recurso 1556/1997] y 15 de julio de 2003 [Recurso 3604/1997]. MP. Juan José Gonzáles Rivas.

económica y/o técnica. Inclusive, aún en presencia de una cooperación estrictamente administrativa, ello no impediría que haya casos en los que pueda deducirse una “*compensación*” implícita de las prestaciones a las que se obliga cada entidad.

La contraposición de intereses frecuentemente se vincula con los contratos en los que subyacen relaciones obligatorias bilaterales, las cuales plantean verdaderas dificultades en la doctrina civilista¹²¹ para concebir casos en los que las partes no se obliguen patrimonialmente, situación que contrasta con el caso de los contratos “*genuinamente*”¹²² plurilaterales, en los que, aunque no existe dicha contraposición, sus obligaciones pueden perfectamente incorporar prestaciones patrimoniales.

En este último punto cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia¹²³, entre las características de los contratos plurilaterales, subrayó que en ellos no necesariamente existen prestaciones interdependientes – *como sí sucede en los bilaterales del derecho civil, según acotó el mismo tribunal* –, por lo que el eventual incumplimiento de alguno de los contratantes no deviene ineludiblemente en el abatimiento de todo el acto para los restantes intervinientes, salvo que la prestación incumplida sea esencial¹²⁴ para lograr la finalidad del acuerdo.

Los “*convenios interadministrativos*” a los que se refiere el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 no pueden ser encasillados exactamente bajo las reglas de uno u otro tipo de relación obligatoria. En efecto, de una parte, si bien estos convenios exigen la presencia de al menos¹²⁵ dos (2) entidades públicas, ello no significa que se desprendan relaciones obligatorias bilaterales *strictu sensu*, dada la finalidad asociativa que los gobierna y, de otro lado, aun cuando en principio esta misma finalidad se asemejaría al fin común propio de las relaciones obligatorias plurilaterales, dichos convenios podrían ser suscritos por dos (2) partes únicamente.

La finalidad asociativa de los “*convenios interadministrativos*” previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en el plano de derecho público en el que se enmarcan, impide una aplicación automática del régimen contractual de los

¹²¹ DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias. 6ª ed. Civitas/Thomson Reuters. 2008. pp. 110 a 111. Vol. II.

¹²² De acuerdo con la doctrina “*Evidentemente, los contratos no son plurilaterales por el hecho de que en una de las posiciones contractuales se agrupen varios sujetos (p. Ej., hay varios vendedores por tratarse de una cosa común y solo un comprador). Tampoco puede hablarse de contratos plurilaterales por el hecho de que el contrato cree una situación triangular o trimembre, en la que cada una de las partes ostenta sus propios derechos y obligaciones. La genuina categoría de los llamados contratos plurilaterales contempla los contratos de contenido asociativo (p. ej., la constitución de una sociedad mercantil, de un consorcio industrial, de un sindicato de obligacionistas). Se caracteriza por el hecho de que la pluralidad de los sujetos trata de conseguir un fin que es común a todos ellos.* Asimismo “*En el contrato [plurilateral] (...) las partes ocupan siempre inicialmente posiciones jurídicas diversas, aunque éstas estén llamadas a integrarse en un superior precepto de autonomía privada obligatorio para los declarantes*”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción Teoría del contrato. 6ª ed. Civitas/Thomson Reuters. 2007. pp. 95 y 168. Vol. I.

¹²³ CSJ. SCC. Fallo de 26 de agosto de 2011 [Rad. 05001-3103-016-2002-00007-01]. MP. Arturo Solarte Rodríguez.

¹²⁴ En las relaciones obligatorias plurilaterales de los negocios jurídicos asociativos, su resolución, en las hipótesis en las que la prestación incumplida es esencial para el logro de la finalidad de aquellos, puede perfectamente implicar eventuales indemnizaciones a cargo del contratante o contratantes incumplidos frente a los demás. Véase: JURISTO SÁNCHEZ, Rafael. *La Unión Temporal de Empresas Contratistas de Obras*. Aranzadi / Thomson Reuters. Navarra. 2010. pp. 190-191.

¹²⁵ CE. S3. Fallos de 7 de octubre de 2009 [Rad. 25000-23-24-000-2000-00754-01(35476)]. MP. Enrique Gil Botero.

contratos estatales, imbuido por lo demás por las disposiciones civiles y comerciales, salvo las materias especialmente reguladas en el EGCAP¹²⁶.

En ese sentido, más allá de la concurrencia de voluntades, se trata de la asunción de objetivos comunes orientados predominantemente por una finalidad de derecho público que, además de que justifica la existencia de dichos convenios, rebasa o excede el sentido tradicional del concepto de “*contrato*”, por lo que, en cuanto a la normativa aplicable se refiere y en el estado actual de las cosas, aquellos deben interpretarse de forma tal que la regulación del EGCAP y del derecho privado sea de aplicación supletoria, esto es, solo en la medida en que exista una verdadera laguna o falta de regulación normativa¹²⁷ y/o convencional¹²⁸.

Además, de acuerdo con la Corte Constitucional¹²⁹, el diseño de las normas contenidas en el EGCAP primordialmente ha estado orientado por un criterio del “*contrato estatal*” como instrumento de aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos para la consecución de los fines del Estado, razón

¹²⁶ “Ley 80/93. Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

“(…)”.

“Ley 1150/07. Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.

¹²⁷ Sobre este punto la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, al referirse a los “*convenios interadministrativos puros*” del artículo 95 de la Ley 489/98, indicó que no les resultan aplicables automáticamente las normas del EGCAP, por lo que debe analizarse en cada caso concreto, según la naturaleza jurídica, objeto y finalidad que se pretende cumplir o desarrollar con el respectivo convenio, si una disposición de dicho estatuto resulta o no aplicable. En el caso que se indicó en esa oportunidad se señaló que “*En materia de convenios administrativos puros en principio no es admisible la imposición de sanciones de una entidad a otra, pues su objeto es ejecutar actividades que contribuyen directamente al fin común de los sujetos vinculados al convenio; es decir, las partes tienen intereses convergentes, coincidentes o comunes (cumplimiento de funciones administrativas o prestación de servicios a su cargo que coinciden con el interés general) y cooperan para alcanzar en forma eficaz la finalidad estatal prevista en la Constitución o la ley sin que por esto se reciba por ninguna de ellas el pago de un precio o contraprestación. En síntesis, las partes se relacionan en un paralelismo de intereses bajo un ámbito o posición de igualdad o equivalencia.*

“Empero, la regla general tiene excepciones como la prevista en el artículo 180 de la Ley 1753 de 2015 in fine que expresamente faculta a la autoridad catastral nacional para imponer sanciones a las entidades delegatarias” (subrayado fuera del texto). CE. SCSC. Concepto de 1 de noviembre de 2016 [Rad. 11001-03-06-000-2016-00125-00(2305)]. MP. Germán Alberto Bula Escobar.

¹²⁸ En el derecho comparado, el Tribunal Supremo Español ha reconocido que los convenios de cooperación entre entidades públicas exceden el marco de los contratos privados e incluso de los administrativos. Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de 15 de julio de 2003 [Recurso 3604/1997]. MP. Juan José González Rivas, 16 de febrero de 2011 [Recurso 2569/2009]. MP. Santiago Martínez-Vares García y 30 de mayo de 2018 [Recurso 573/2016]. MP. María Isabel Perello Domenech.

¹²⁹ C-713/09. MP. María Victoria Calle Correa. En esta providencia se recordó, en relación con la competencia constitucional del legislador de “*expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional*”, que “*El mandato otorgado al Congreso de la República, en el artículo 150 de la Carta, para que dicte un estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional, implica el reconocimiento de una amplia libertad de configuración del legislador para diseñar un régimen legal cuya finalidad sea la de propender por el logro de los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho, toda vez que el cumplimiento de estas metas requiere del aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. En este orden de ideas, es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado*” (subrayado fuera del texto).

por la cual una aplicación irrestricta de las normas de dicho estatuto, así concebidas, frente a convenios que, según la Corte Constitucional¹³⁰, están ideados esencialmente para concretar la coordinación de las actuaciones entre las autoridades administrativas, conduciría a resultados que malogren y/o desincentiven la cooperación entre ellas, producto de las incompatibilidades que puedan presentarse¹³¹.

La aplicación supletoria del EGCAP, en lo que resulte compatible con los “convenios interadministrativos” del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, tiene plena justificación para la Sala, en la medida en que esta norma no incorpora ninguna remisión directa a dicho Estatuto y solo regula expresamente el régimen de las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen únicamente entre entidades públicas.

Desde luego que existen aspectos contractuales cuya regulación deviene directamente de la Constitución Política, razón por la cual, en tales casos no existiría necesidad alguna de aplicar supletoriamente el EGCAP, como sucede, por ejemplo, con la capacidad para contratar, la cual, el artículo 352 de la Constitución Política¹³² atribuyó exclusivamente a la Ley Orgánica de Presupuesto, norma que a su turno dispuso que únicamente los órganos que son una sección del Presupuesto General de la Nación tienen dicha capacidad¹³³.

Sin perjuicio de lo anterior, en el caso de los órganos que no son “Secciones Presupuestales”¹³⁴, la capacidad para obligarse, de acuerdo con la jurisprudencia

¹³⁰ C-671/99. MP. Alfredo Beltrán Sierra. En esta providencia se indicó “En cuanto el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en su primer inciso, autoriza a las entidades públicas su asociación entre sí con el propósito de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se encuentren a su cargo, encuentra la Corte que la disposición acusada tiene como soporte constitucional el precepto contenido en el artículo 209, inciso segundo de la Carta, que impone como un deber la coordinación de las actuaciones de las autoridades administrativas para el cumplimiento de los fines del Estado”.

¹³¹ Sí es compatible con el carácter asociativo de los convenios interadministrativos del artículo 95 de la Ley 489/98, la aplicación de la norma sobre la liquidación bilateral, norma en la que se fundamenta precisamente la cláusula décima sexta del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006 al prever que “Este convenio se liquidará de acuerdo a lo establecido en el artículo 60 de la ley 80 de 1993”.

¹³² “Constitución Política. Artículo 352. Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.”

¹³³ “Decreto 111/96. Artículo 110. Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes.

“En la sección correspondiente a la Rama Legislativa estas capacidades se ejercerán en la forma arriba indicada y de manera independiente por el Senado y la Cámara de Representantes; igualmente, en la sección correspondiente a la Rama Judicial serán ejercidas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

“En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, las Entidades Territoriales, Asambleas y Concejos, las Contralorías y Personerías Territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica.

“En todo caso, el Presidente de la República podrá celebrar contratos a nombre de la Nación (Ley 38 de 1989, art. 91, Ley 179 de 1994, art. 51)”.

¹³⁴ HERNANDEZ ENRÍQUEZ, Alier Eduardo. *Sujetos Públicos en la Contratación Estatal*. En: *Temas en Contratos Estatales*. DIKE / INCOES. 2010. pp. 599 a 625.

de esta Corporación¹³⁵ y la de la Corte Constitucional¹³⁶, en el caso de las entidades estatales con personería jurídica, esa capacidad deviene de dicho atributo en forma automática, mientras que cuando carecen de personería la capacidad contractual solo se predica si está atribuida directamente por la ley, como sucede con las “*entidades estatales*” a las que se refiere el artículo 2 del EGCAP.

Dentro de ese contexto, los “*convenios interadministrativos*”, consagrados en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, no podrían ser celebrados por entes u órganos públicos sin capacidad para contratar; en el mismo sentido, no se estaría en presencia de dicha categoría en los casos en los que las entidades estatales que sí tengan capacidad no asuman verdaderas obligaciones jurídicas, hipótesis que podrían presentarse en casos como los acuerdos “*interorgánicos*”¹³⁷, las declaraciones de buenas intenciones¹³⁸ u oficios, entre otros. No sobra advertir que en estas hipótesis la imposibilidad de que los “*compromisos*” puedan ser exigidos jurídicamente se predica respecto de las partes que los suscriben, lo cual no se opone a que, si su ejecución o inejecución efectivamente amenaza y/o vulnera derechos colectivos, el juez popular sí pueda exigirles la realización de las conductas que satisfagan las finalidades preventiva, suspensiva o restaurativa de la acción popular¹³⁹.

Ahora bien, en el caso del convenio No. 122 de 18 de octubre de 2006 se trata de un convenio interadministrativo suscrito entre “*entidades estatales*” –en los términos del artículo 2 de la Ley 80 de 1993¹⁴⁰– al amparo del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en el que estas se asociaron con el fin de cooperar en el

¹³⁵ CE. S3. Fallos de 7 de octubre de 2009 [Rad. 25000-23-24-000-2000-00754-01(35476)] y [sC] 24 de enero de 2011 [Rad. 52001-23-31-000-1996-08183-01 (15940)]. MP. Enrique Gil Botero. En esta última providencia se indicó “(...) sostuvo el Ministerio Público que no se trataba de un contrato, porque fue suscrito por dos entidades que pertenecen a una misma Entidad Administrativa...” –fl. 228, cdno. 1-, es decir, al Ministerio de Educación Nacional.

“La Sala no comparte este criterio, para distinguir en qué casos un acuerdo puede ser o no un contrato, toda vez que carece de fundamentación jurídica. Su lógica conduce a que las instituciones de un mismo sector no celebran contratos estatales, lo que es incorrecto, en atención a que lo determinante para definirlo es si ellas son o no distintas, en términos de naturaleza jurídica y de capacidad contractual. Así, dos establecimientos públicos adscritos a un mismo Ministerio, o a un departamento o a un municipio tienen que celebrar un convenio si aspiran a asumir derechos y/u obligaciones recíprocas, como quiera que ninguno le puede imponer al otro cargas o funciones que no le asigna la ley. Incluso, lo mismo aplica a dos ministerios -sabemos que carecen de personalidad jurídica- ya que si aspiran a asumir nuevas obligaciones deben vincularse a través de un contrato” (subrayado fuera del texto).

¹³⁶ C-374/94. MP. Jorge Arango Mejía.

¹³⁷ CE. S3. Fallo de 23 de junio de 2010 [Rad. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17860)]. MP. Mauricio Fajardo Gómez (E). Reiterada por fallo de la misma sección [sA] de 26 de noviembre de 2014 [Rad. 25000-23-26-000-1999-02856-01(29906)]. MP. Hernán Andrade Rincón.

¹³⁸ CE. S3. Fallo de 20 de mayo de 2009 [Rad. 41001-23-31-000-1995-08064-01 (28694)]. MP. Enrique Gil Botero. Reiterada por fallo del mismo ponente [sC] de 24 de enero de 2011 [Rad. 52001-23-31-000-1996-08183-01 (15940)].

¹³⁹ Esta posibilidad, en vigencia del CPACA, se reafirma con lo estatuido en su artículo 144, en el sentido de que “Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos” (subrayado fuera del texto).

¹⁴⁰ “Ley 80/93. Artículo 2. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

“1. Se denominan entidades estatales:

“a) (...) los establecimientos públicos (...) así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria [superior al 50%], cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

“b) (...) los ministerios (...) las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”.

“(...)” (subrayado fuera del texto).

cumplimiento de sus funciones administrativas, cooperación que fue de tipo económico, técnico y administrativo por las siguientes razones:

En cuanto a la cooperación técnica se refiere, de acuerdo con la cláusula tercera del convenio, mientras el aporte de la UAESPNN¹⁴¹ estuvo representado no solo en infraestructura, personal técnico y profesional calificado que desarrollaría actividades de control, vigilancia y mantenimiento de las zonas correspondientes a los territorios objeto del convenio, sino también en equipos náuticos y en su mantenimiento; el aporte de la Fundación¹⁴² estuvo representado en dos (2) profesionales contratados por ella con recursos de contrapartida de los proyectos GEF¹⁴³ y Holanda.

A su turno, en lo que se refiere a la cooperación económica, de acuerdo con la cláusula antedicha, el aporte del INCODER¹⁴⁴ estuvo representado en las sumas de dinero recibidas por concepto de cánones de arrendamiento de los bienes baldíos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo.

Finalmente, en cuanto concierne a la cooperación administrativa, del análisis de algunos considerandos¹⁴⁵ y del clausulado del convenio se observa, en general

¹⁴¹ La cooperación técnica de la UAESPNN se instrumentó a través de las obligaciones previstas en el convenio, así: "CLÁUSULA NOVENA: OBLIGACIONES DE LAS PARTES: En el marco del presente convenio LA UNIDAD se obliga: a) Verificar el pleno cumplimiento de las obligaciones establecidas en los contratos de arrendamiento celebrados por el INCODER con los particulares en relación al uso y goce de los bienes baldíos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo, así como las obligaciones establecidas en el Acuerdo 41 del INCODER y las demás estipulaciones que se pacten en desarrollo de los mismos. b) Ejecutar el programa de vigilancia, mantenimiento y conservación que para el efecto diseñe el Comité Operativo, que facilite y fortalezca la protección efectiva de los bienes baldíos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo y del Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y San Bernardo. c) Verificar in campo, el uso que los particulares realicen de los bienes baldíos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo y del área que conforma el Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y San Bernardo un aprovechamiento lícito y acorde con la conservación y el restablecimiento de los recursos naturales y del medio ambiente. d) Poner a disposición los recursos humanos, técnicos y logísticos requeridos para desarrollar las acciones conjuntas planeadas en el marco de este convenio (...)"

¹⁴² La cooperación técnica de la Fundación se instrumentó a través de las obligaciones previstas en el convenio, así: "CLÁUSULA NOVENA: OBLIGACIONES DE LAS PARTES (...) LA FUNDACIÓN en su calidad de ejecutor de los recursos deberá: (...) g) Poner a disposición los recursos humanos, técnicos y logísticos requeridos para desarrollar las acciones conjuntas planeadas en el marco de este convenio y en particular en desarrollo del Plan de Acción Integral (...)"

¹⁴³ Global Environment Facility o Fondo Mundial para el Medio Ambiente.

¹⁴⁴ La cooperación económica de la Fundación se instrumentó a través de las obligaciones previstas en el convenio, así: "CLÁUSULA TERCERA- APORTES: (...) PARÁGRAFO PRIMERO: El aporte en efectivo del INCODER se encuentra sometido al cumplimiento de los plazos establecidos para el pago de los cánones de los contratos de arrendamiento vigentes y que lleguen a suscribirse durante la ejecución del presente convenio en relación a los bienes baldíos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo; con cargo a estos recursos se podrán cargar costos por concepto de Plan de Manejo del Parque, acciones y/o operaciones de control, vigilancia, conservación y mantenimiento, proyectos de ecoturismo, estudios e investigaciones de carácter ambiental que se requieran para el desarrollo de las actividades tendientes a la conservación y mantenimiento de los bienes objeto del convenio; y las demás que el Comité apruebe y que se encuentren dentro del objeto del presente Convenio.

¹⁴⁵ De acuerdo con dichos considerandos "1) Que de conformidad con los artículos 79 y 80 de la Constitución Nacional es deber del Estado proteger la diversidad e integridad ecológica, planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución como de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental. 2) Que el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, establece que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. 3) Que el artículo 6 de la Ley 489 de 1998, en concordancia con los principios establecidos en la Constitución Política, establece que en virtud del principio de coordinación y colaboración, las autoridades administrativas deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales y en consecuencia

que, en virtud su objeto, las tres (3) entidades suscribientes dispusieron articular la ejecución de determinadas actividades¹⁴⁶ vinculadas a sus respectivas funciones, en particular las que estuvieran concentradas en el territorio integrado por los bienes baldíos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo y el Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y de San Bernardo, con el ánimo de que dichas funciones se cumplieran de manera coordinada para el cumplimiento de fines estatales, tales como el impulso de procesos de ordenamiento ambiental de dicho territorio que contribuyeran a la conservación del patrimonio natural y cultural, a la disminución de la presión sobre los ecosistemas, a la utilización racional de los bienes y servicios ambientales asociados a dichas zonas y a la administración, vigilancia y control de estas.

Asimismo, en el marco de la cooperación administrativa, la cláusula tercera del convenio estableció a favor de esta un “overhead” del 7.5% del total de los recursos que mes a mes fueran efectivamente girados a ella –por cuenta del aporte económico del INCODER–, lo que materialmente se tradujo en la incorporación expresa a dicho convenio de una prestación típicamente patrimonial a su favor –por concepto de la administración que ella ejercía sobre dichos recursos–, en la medida en que la referida obligación de administración tuvo como contraprestación conmutativa el derecho a descontar de ellos un determinado porcentaje, obligación que además justificó el que se conviniera¹⁴⁷ que dicha Fundación constituyera una garantía única de cumplimiento¹⁴⁸ (cuya naturaleza es la de un seguro patrimonial).

– *La aplicación de la normativa del EGCAP que reprocha el actor popular*

prestarán su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones (...) 6. Que la Ley 99 de 1993 creó el Ministerio del Medio Ambiente (hoy de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial) como organismo rector de la Política Ambiental. 7) Que igualmente, dicha Ley establece que la acción para la protección y recuperación ambientales del país es una tarea conjunta y coordinada entre el Estado, la Comunidad, las Organizaciones no Gubernamentales y el Sector Privado, y que las instituciones ambientales del Estado se estructuran teniendo como base criterios de manejo integral del medio ambiente y su interrelación con los procesos de planificación económica, social y física”.

¹⁴⁶ “CLÁUSULA SEGUNDA- ACTIVIDADES A REALIZAR: Para desarrollar el objeto del presente convenio, las partes realizarán de acuerdo a sus competencias las siguientes actividades: a) Adelantar acciones conjuntas a efectos de intercambiar información, colaborar y facilitar a las autoridades competentes el control, vigilancia, conservación y mantenimiento respecto de los bienes baldíos y las zonas que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo y el Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y San Bernardo. B) Promover y apoyar la conformación de equipos de trabajo interinstitucionales para coordinar las acciones y/o operaciones de control, vigilancia, conservación y mantenimiento. c) Facilitar los elementos e instrumentos técnicos y económicos necesarios y adecuados para permitir la cabal ejecución del objeto del convenio. d) Proyectar la experiencia del trabajo local entre las partes, a los procesos de ordenamiento y planificación de la región definidos en el marco del SIRAP del Caribe, generando aprendizajes para otras regiones del país”.

¹⁴⁷ Pacto que no se opone a lo que establecía el artículo 19.25 de la Ley 80/93, en la medida en que el hecho de que las garantías no fueran obligatorias en los contratos interadministrativos no significa que se prohibieran.

¹⁴⁸ “CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA: GARANTÍA ÚNICA. LA FUNDACIÓN se compromete a constituir a favor del INCODER, de conformidad con lo establecido en el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los artículos 16 y siguientes del Decreto 679 de 1994 y demás normas legales que rigen la materia, una garantía única de buen manejo de los recursos del presente convenio, en una cuantía equivalente a la suma de CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$150.000.000.00), que corresponden aproximadamente, al valor de los aportes del INCODER por concepto de un (1) año de arrendamiento de los bienes baldíos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo, y con una vigencia igual a un (1) año y seis meses más, contados a partir del presente convenio. PARÁGRAFO: La garantía constituida deberá ser ajustada y renovada en tiempo, anualmente, en un plazo igual al inicialmente constituido; teniendo en cuenta el valor del aporte del INCODER y el comportamiento que presente el mismo, de manera que el convenio siempre se encuentre amparado durante el plazo de ejecución (3 años) y una vigencia adicional de seis (6) meses”.

La Sala observa que en el caso de los “*convenios interadministrativos*” previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, por tratarse de una decisión de carácter asociativo dentro de una órbita subjetiva estrictamente pública, resultaría incompatible la aplicación de cualquier modalidad de selección que exigiera la realización de una convocatoria pública y la selección del “*ofrecimiento más favorable*”, lo cual justifica que dicha decisión se encauce como un evento propio de la contratación directa, tal y como sucede los “*contratos interadministrativos*”.

La Corte Constitucional¹⁴⁹, coincidiendo con esta Corporación¹⁵⁰, al referirse a la aplicación de la “*contratación directa*” de los “*contratos interadministrativos*” del EGCAP¹⁵¹ respecto de los “*convenios interadministrativos*” contemplados en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, avaló esa posibilidad indicando que lo contrario “*(...) conduciría a una interpretación irrazonable según la cual esta modalidad contractual [la del “convenio interadministrativo”], cuyo objeto y finalidad sólo interesa a la administración, deba ser celebrado siguiendo el procedimiento de selección objetiva [el de la licitación pública] y en la cual únicamente será proponente aquélla*”.

Ahora bien, más allá de que el actor popular no indicó qué específicos estudios¹⁵², documentos y permisos previos debieron realizarse y/o tramitarse para la suscripción del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, la Sala sí observa que la asociación producto de este no constituyó una actuación improvisada de las entidades del orden central y descentralizado involucradas en él, por el contrario, antes de su suscripción, el Estado ya había agotado varias etapas necesarias para que dicho convenio pudiera sumarse a las estrategias que demandaba el manejo ambiental y social de las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo y del Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y de San Bernardo.

En efecto, según se deduce de la parte considerativa del convenio interadministrativo, este se ajustaba a las estrategias que, en relación con las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo y el Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y de San Bernardo, posibilitaban una visión de integralidad y de construcción de unidad para su manejo, en la medida en que una mirada más comprensiva de dichos territorios –*a través de un ejercicio coordinado de competencias dentro un esquema asociado*– propendía por su protección efectiva, al fortalecer conectividades requeridas entre esas áreas, dadas sus dinámicas ecológicas y sociales propias.

Tales estrategias fueron propiciadas por la ocurrencia de varios hechos correlacionados, principalmente y para los efectos del convenio, la formulación de los planes de manejo del Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y de

¹⁴⁹ C-671/15. MP. Alberto Rojas Ríos.

¹⁵⁰ En efecto, esta Corporación reconoció que “*La legislación colombiana en materia de contratación estatal no hace mención directa de la figura del convenio interadministrativo, la aplicación de las normas en la materia se hace haciendo extensivas a éstos la regulación de los llamados contratos interadministrativos como categoría mas amplia, entendiéndose que existe una relación genero –especie. Este tipo contractual, cuya particularidad sin duda se encuentra en la naturaleza de los sujetos (administraciones públicas) encuentra poco desarrollo, se menciona dentro de los supuestos en los que puede prescindirse de la licitación pública y contratar directamente. Ver. Artículo de la Ley 1150 de 2007*”. CE. S3. Fallo de 23 de junio de 2010 [Rad. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17860)]. MP. Mauricio Fajardo Gómez (E).

¹⁵¹ Denominación utilizada en su momento en el artículo 24 [numeral 1., letra c)] de la Ley 80/93 y que se mantiene en el artículo 2 de la Ley 1150/07 [numeral 4., letra c)].

¹⁵² Para la fecha en que fue suscrito el convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, el deber de las entidades estatales de realizar “estudios previos” estaba contenido en los artículos 25 [nums. 7 y 12 (versión original)] de la Ley 80 de 1993 y 8 del Decreto 2170 de 2002.

San Bernardo¹⁵³; la creación de la Fundación en virtud del proyecto Fondo de Áreas Protegidas presentado por la Nación, a través de la UAESPNN, ante el Fondo Mundial para el Medio Ambiente¹⁵⁴, proyecto cuyo objetivo era apoyar la consolidación del Sistema Nacional de Áreas Protegidas con el establecimiento de dicha Fundación; el Acuerdo No. 041 de 24 de enero de 2006¹⁵⁵, proferido por el INCODER para regular la ocupación y aprovechamiento temporal de los terrenos que conforman las islas del Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo; entre otros.

No sobra anotar que la referida visión de integralidad y unitaria se justifica en la medida en que sobre la misma materia recaen distintas competencias en una situación de paridad¹⁵⁶ institucional, lo que resulta en una constante interacción de entidades del Estado de distintos órdenes, no restringidas a las que son objeto de la presente acción popular¹⁵⁷, en la que, dadas las particulares dificultades de este caso, se ha propiciado un lento avance en los resultados de las distintas estrategias, al punto de que, para la época en la que el plazo del convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006 ya había fenecido, esta Corporación reconocía que, pese a los esfuerzos, dichos resultados no se habían satisfecho¹⁵⁸.

En conclusión, en cuanto se refiere a la inobservancia de la normativa del EGCAP durante la fase precontractual del convenio en cuestión, para efectos de la

¹⁵³ El área actual del parque en cuestión, integrante del Sistema de Parques Nacionales Naturales, fue objeto de una delimitación progresiva, que comenzó con los Acuerdos 26/77, 85/85 y 93/87 expedidos por la Junta Directiva del entonces INDERENA, aprobados, respectivamente, por las Resoluciones 165/77, 171/86 y 59/88 del entonces Ministerio de Agricultura; y que terminó con la Resolución 1425/96 del entonces Ministerio del Medio Ambiente.

¹⁵⁴ GEF por sus siglas en inglés (Global Environment Facility).

¹⁵⁵ Folios 205 a 209, c. 10.

¹⁵⁶ La Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación ha entendido que, en virtud del principio de coordinación y mediante la utilización de convenios interadministrativos, la ley y la constitución permiten que las entidades administrativas puedan relacionarse en términos de igualdad. CE. SCSC. Concepto de marzo 5 de 2008 [Rad. 11001-03-06-000-2008-00006-00(1877)]. MP. Enrique José Arboleda Perdomo.

¹⁵⁷ La competencia para definir las reglas de contratación sobre los bienes baldíos ubicados en áreas con protección ambiental, distintas de aquellas administradas por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial [artículos 5.27. de la Ley 99/93, 12.13 de la Ley 160/94 y 19 del Decreto-ley 216/03], se delimitó por la Ley 160 de 1994, a cargo del INCODER, de acuerdo con las reglas especiales sobre los baldíos, sin perjuicio de que la contratación debe respetar la reglamentación de los usos permitidos y lo que se definió en el Plan de Manejo del Área Marina Protegida [CE. S3/sA. Fallo de 12 de marzo de 2015 [Rad. 11001-03-26-000-2009-00005-00(36317)]. MP. Hernán Andrade Rincón].

Asimismo, al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, a través de la UAESPNN, le correspondía la administración de los terrenos baldíos ubicados dentro del área del Sistema de Parques Nacionales Naturales, entre estas, el Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y de San Bernardo

¹⁵⁸ La Sala recuerda, por ejemplo, que la Sección Primera de esta Corporación, en el 2011 reconoció "(...) que las entidades demandadas [en ese caso, el INCODER, INDERENA, CARDIQUE y el Distrito de Cartagena de Indias] no han permanecido indiferentes ante la conservación del área de los Archipiélagos; no obstante, la situación crítica que allí se presenta es consecuencia de la ineficacia de las medidas adoptadas, de la falta de coordinación interinstitucional, del desconocimiento o falta de aplicación del marco normativo sobre ocupación de los bienes del Estado, de la inoperancia frente a los procesos sancionatorios por violación de la normativa ambiental, entre otros aspectos, que sin duda alguna atañen a las entidades, cuya competencia en la zona está claramente definida" y, entre otras cosas, ordenó que "(...) el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial se reúna con el INCODER, a través de las respectivas dependencias competentes, y evalúen el desarrollo de los mencionados contratos de arrendamiento y determinen si estos se ajustan a los Acuerdos del Instituto sobre aprovechamiento temporal de los terrenos que conforman las islas del Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y de San Bernardo, así como a la zonificación interna del Área Marina Protegida delimitada mediante Resolución núm. 679 de 2005 del Ministerio y al Plan de Manejo del Área Marina Protegida, cuando éste sea adoptado". CE. S1. Fallo de 24 de noviembre de 2011 [Rad. 25000-23-25-000-2003-91193-01(AP)]. MP. María Elizabeth García González.

presente acción popular, al no evidenciarse el reproche del actor popular, no se encuentra acreditado el elemento objetivo que, entre otros, exige la amenaza y/o vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, por lo que el cargo no prospera.

– *La aplicación de la normativa del EOP que reprocha el actor popular*

En este acápite se abordará el análisis de las normas presupuestales invocadas por el actor popular, concretamente lo relativo a la inexistencia no solo de la autorización del CONFIS para que se hubieran comprometido recursos que, según lo afirmó, eran objeto de vigencias futuras, sino también del certificado de disponibilidad presupuestal y del registro presupuestal.

En ese sentido debe indicarse que, con independencia de la aplicación supletiva de las normas del EGCAP que sean compatibles con los “*convenios interadministrativos*” previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, tratándose de las entidades estatales que constituyen “*Secciones Presupuestales*” y/o “*Unidades Ejecutoras*” y que suscriben dichos convenios, sus relaciones obligatorias tienen incidencia en el Presupuesto General de la Nación, siempre y cuando las obligaciones y derechos de crédito respectivos tengan por objeto prestaciones de naturaleza dineraria¹⁵⁹.

Es preciso recordar que de tiempo atrás esta Corporación ha considerado explícitamente o inferido que la inobservancia de normas presupuestales –*en general se han estudiado normas concernientes al gasto público*– violan el derecho a la moralidad administrativa¹⁶⁰, conclusión que, al menos en la configuración del elemento objetivo de dicho derecho, resulta apenas sensata, con mayor razón si, de acuerdo con la Corte Constitucional¹⁶¹, de una parte, el presupuesto es un claro instrumento de manejo macroeconómico cuyas normas –*contenidas en las leyes orgánica y anuales de presupuesto*¹⁶²– no pueden ser subvaloradas ni reducidas a un contenido meramente administrativo de tipo contable o a un requisito o condición para la ejecución de las partidas que contempla; y, de otro lado, dicha inobservancia, a gran escala, puede llegar a amenazar el “*orden público económico*” del país¹⁶³.

¹⁵⁹ Esta misma Sala, coincidiendo con la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación, ha entendido que las fuentes de ingresos del presupuesto de rentas se predicen respecto de recursos públicos de naturaleza exclusivamente dineraria. CE. S3/sA. Fallo de 5 de julio de 2018 [Rad. 20001-23-31-000-2010-00478-01(AP)]. MP. Carlos Alberto Zambrano Barrera. CE. SCSC. Concepto de 3 de septiembre 2009 [Rad. 11001-03-06-000-2009-00039-00(1957)]. MP. Enrique José Arboleda Perdomo.

¹⁶⁰ CE. S3. Fallo de 17 de mayo de 2007 [Rad. 41001-23-31-000-2004-00369-01(AP)]. MP. Ramiro Saavedra Becerra. En esta oportunidad se indicó: “*La moralidad administrativa fue vulnerada debido a las irregularidades en la contratación consistentes en la falta de planeación del contrato, la fijación dentro del texto contractual de un valor falso, la falta de apropiación presupuestal para los pagos (las cuales fueron reconocidas por la propia administración), la inexperiencia del contratista y, especialmente, por la violación de la ley 489 de 1998*” (subrayado fuera del texto). Asimismo. CE. S3. Fallos de 26 de septiembre de 2002 [Rad. 41001-23-31-000-2002-0800-01(AP-537)]. MP. María Elena Giraldo Gómez y 6 de septiembre de 2001 [Rad. 13001-23-31-000-2000-0005-01(AP-057)]. MP. Jesús María Carrillo Ballesteros.

¹⁶¹ C-177/02. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁶² La Corte Constitucional en la sentencia C-685/96 [MP.] recordó que “*mientras que la ley orgánica regula el proceso presupuestal como tal, esto es, establece la manera como se prepara, aprueba, modifica y ejecuta el presupuesto (CP art. 352), el contenido propio de las leyes anuales de presupuesto es diverso, pues a éstas corresponde estimar los ingresos y autorizar los gastos del período fiscal respectivo (CP arts 346 y ss)*”. MP. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶³ C-083/99. MP. Vladimiro Naranjo Mesa. En esta providencia se indicó “*La noción de orden público económico hace referencia al sistema de organización y planificación general de la economía instituida en un país. En Colombia, si bien no existe un modelo económico específico, exclusivo y excluyente, el que actualmente impera, fundado en el Estado Social de Derecho, muestra una marcada injerencia del poder público en las diferentes fases del proceso económico,*

Dentro de ese contexto, si bien el registro presupuestal, del que depende la erogación para atender el pago de obligaciones dinerarias en cabeza de dichas entidades, con cargo al tesoro público, ha sido unívocamente entendido por esta Corporación¹⁶⁴ como un requisito de ejecución de los contratos estatales y que no afecta su perfeccionamiento, ello no significa que la inobservancia de dicho requisito no vulnere las normas presupuestales, particularmente las relativas a su ejecución¹⁶⁵ (“Presupuesto de Gastos o Ley de Apropriaciones”).

Lo expuesto también resulta de recibo en el caso del certificado de disponibilidad presupuestal, el cual, si bien es un documento que afecta preliminarmente el presupuesto mientras se perfecciona el respectivo compromiso, no por ello su inobservancia no tiene la aptitud de vulnerar esa misma normativa¹⁶⁶.

No sobra agregar que, para la fecha en que fue suscrito el convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, el artículo 7 del Decreto 855 de 1994¹⁶⁷ establecía que, cuando fuere el caso, los “contratos interadministrativos” deberían ser objeto del registro presupuestal, previsión cuya aplicación debe interpretarse como extensiva a los “convenios interadministrativos” puesto que, se reitera, la obligatoriedad de las normas presupuestales, en lo que corresponde al gasto público que sea producto de la contratación de las entidades públicas, no depende de la aplicación de un determinado régimen contractual sino del hecho de que se ejecuten recursos del Presupuesto General de la Nación.

También es importante indicar que las normas sobre vigencias futuras conciernen igualmente a la ejecución del presupuesto, en la medida en que dicho instrumento posibilita, en el caso de las “ordinarias”¹⁶⁸, que se asuman obligaciones cuyo cumplimiento se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso o continúe con presupuestos de vigencias posteriores; y, en el caso

en procura de establecer límites razonables a la actividad privada o de libre empresa y garantizar el interés colectivo”.

¹⁶⁴ CE. S3. Fallo de 28 de septiembre de 2006 [Rad. 73001-23-31-000-1997-05001-01(15307)]. MP. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁶⁵ “Decreto 111/96. Artículo 71. Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

“Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin.

“(…)”

“En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados (…).”

“Decreto 568/96. Artículo 20. El registro presupuestal es la operación mediante la cual se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la apropiación, garantizando que ésta no será desviada a ningún otro fin. En esta operación se debe indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar”.

¹⁶⁶ “Decreto 568/96. Artículo 19. El certificado de disponibilidades el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos. “Este documento afecta preliminarmente el presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal. En consecuencia, los órganos deberán llevar un registro de éstos que permita determinar los saldos de apropiación disponible para expedir nuevas disponibilidades”.

¹⁶⁷ “Decreto 855/94. Artículo 7. Los contratos interadministrativos, es decir, aquellos que celebren entre sí las entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, con excepción de los contratos de seguro, encargo fiduciario y fiducia pública, se celebrarán directamente. Cuando fuere del caso y de conformidad con lo dispuesto por las normas orgánicas de presupuesto serán objeto del correspondiente registro presupuestal.

“(…)” (subrayado fuera del texto).

¹⁶⁸ Artículo 10 de la Ley 819/03.

de las “*extraordinarias*”¹⁶⁹, que se asuman obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización.

La misma conclusión es de recibo frente a que la inobservancia de normas presupuestales, cuando se trata de derechos de crédito, solo que en tal caso las normas y principios que podrían ser desconocidos conciernen a los ingresos del presupuesto¹⁷⁰ (“*Presupuesto de Rentas*”).

En el presente caso, la Sala evidencia que en el convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006 se acordó que los cánones de arrendamiento de los contratos suscritos por el INCODER serían consignados directamente en la cuenta que, para tales efectos, estableciera la Fundación, situación que impidió que dichos recursos, que eran propios del Presupuesto General de la Nación –*por tratarse de ingresos derivados de la tenencia transitoria de bienes baldíos del Estado*–, se integraran al mismo a través de alguna cuenta autorizada¹⁷¹ –*las cuentas de las “Secciones Presupuestales” lo son*–.

Lo recursos en cuestión eran ingresos propios¹⁷² de dicho establecimiento público¹⁷³ y provenían de la tenencia transitoria de bienes baldíos respecto de los cuales aquél no era su titular sino solo la entidad que los administraba¹⁷⁴, situación perfectamente conocida por los funcionarios del INCODER¹⁷⁵.

¹⁶⁹ Artículo 11 de la Ley 819/03.

¹⁷⁰ “Decreto 111/96. Artículo 11. *El Presupuesto General de la Nación se compone de las siguientes partes:*

“a) *El Presupuesto de Rentas contendrá la estimación de los ingresos corrientes de la Nación; de las contribuciones parafiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del presupuesto, de los fondos especiales, de los recursos de capital y de los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional.*

“(…)”.

“Decreto 111/96. Artículo 34. *Ingresos de los establecimientos públicos. En el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital se identificarán y clasificarán por separado las rentas y recursos de los establecimientos públicos. Para estos efectos entiéndase por:*

“a) *Rentas propias. Todos los ingresos corrientes de los establecimientos públicos, excluidos los aportes y transferencias de la Nación.*

“(…)”.

¹⁷¹ “Decreto 359/95. Artículo 17. *Son cuentas autorizadas aquellas a través de las cuales se transfieren recursos a las cuentas de los órganos que correspondan a las secciones del Presupuesto General de la Nación. Estas serán autorizadas por la Dirección del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.*”

¹⁷² Tratándose de los ingresos propios de los establecimientos públicos, el artículo 13 del Decreto 359/95 establece que “*deberán manejarse en entidades financieras sometidas al control y vigilancia del Estado y deberán sujetarse a los mismos esquemas definidos para la Dirección del Tesoro Nacional*”.

¹⁷³ “Ley 489/98. Artículo 70. *Establecimientos públicos. Los establecimientos públicos son organismos encargados principalmente de atender funciones administrativas y de prestar servicios públicos conforme a las reglas del Derecho Público, que reúnen las siguientes características:*

“a) *Personería jurídica;*

“b) *Autonomía administrativa y financiera;*

“c) *Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes, el producto de impuestos, rentas contractuales, ingresos propios, tasas o contribuciones de destinación especial, en los casos autorizados por la Constitución y en las disposiciones legales pertinentes*”.

¹⁷⁴ “Ley 160/94. Artículo 12. *Son funciones del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria:*

“(…)”.

“3. *Administrar en nombre del Estado las tierras baldías de la Nación y, en tal virtud, adjudicarlas, celebrar contratos, constituir reservas y adelantar en ellas programas de colonización, de acuerdo con las normas legales vigentes y los reglamentos que expida la Junta Directiva.*

“(…)”.

Téngase presente que para la fecha de los hechos de la acción popular, según lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 1300/03, “*por el cual se crea el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder y se determina su estructura*”, “*Todas las referencias que hagan las disposiciones legales vigentes al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, al Instituto Nacional de Adecuación de Tierras, Inat, al Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural, DRI y al Instituto Nacional de*

Lo anterior acarreó no solo que la obligación de “dar” del INCODER, que tuvo como objeto el aporte representado en el valor de los referidos cánones de arrendamiento, para el año 2006 no estuviera respaldada con el certificado de disponibilidad presupuestal ni con el registro presupuestal correspondiente, sino, además, que el cumplimiento de esa misma obligación durante las vigencias de los años 2007 a 2010 no contara con la autorización del CONFIS, irregularidades que, se reitera, implicaron que se inobservaran normas presupuestales sobre la ejecución del Presupuesto General de la Nación, las cuales tenían incidencia directa en la remuneración de las obligaciones de “hacer” en cabeza de la Fundación.

Como consecuencia, mientras que la transgresión de la normativa presupuestal en los términos indicados permite acreditar el elemento objetivo de la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el elemento subjetivo se deduce de la circunstancia de que en el marco de las reuniones del Comité Directivo, pese a que el INCODER era consciente de que los recursos provenientes de los cánones de arrendamiento de bienes baldíos hacían parte del Presupuesto General de la Nación, consintió en que los mismos eludieran normas presupuestales, terminando siendo afectos a una destinación específica no contemplada en el ordenamiento jurídico.

Cabe señalar que no era la consignación directa a la cuenta autorizada del INCODER lo que hacía que los recursos respectivos hicieran parte del Presupuesto General de la Nación, de hecho, la mecánica en la transferencia de aquellos, en sí misma, no incidía en la naturaleza pública de los recursos sino el hecho de que se causaran como consecuencia directa de la tenencia transitoria de bienes baldíos.

En conclusión, en cuanto se refiere a la inobservancia de la normativa del EOP, el convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006 sí vulneró el derecho colectivo a la moralidad administrativa, vulneración que, aunque no afectó la validez de dicho convenio, en la medida en que la normativa infringida incidía en los requisitos para su ejecución, en definitiva sí puso en riesgo su cumplimiento puesto que la realización del objeto de dicho convenio dependía exclusivamente de recursos públicos¹⁷⁶.

Pesca y Acuicultura, INPA, deben entenderse referidas al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder”.

¹⁷⁵ En la reunión ordinaria del Comité Directivo de 23 de julio de 2007 [Folio 157, c. 10], frente a una solicitud de la Fundación de que se le trasladaran a la cuenta establecida en el convenio los dineros que inicialmente habían sido consignados por los primeros arrendamientos al INCODER, consta: *“Incoder señala que los mismos no pueden trasladarse porque son recursos del presupuesto general de la Nación”*. Sin perjuicio de esta posición, el Comité Directivo en reunión ordinaria posterior de 13 de diciembre de 2007 [Folio 234, c. 10] indicó: *“Se aclara que a los recursos del convenio no se les aplica el principio de anualidad como quiera que los mismos no ingresan al Presupuesto del Incoder y no son recursos entregados por el Ministerio de Hacienda, se aclara igualmente que a los mismos se les aplica la ley 80 y los decretos reglamentarios o aquellos que la modifiquen y adicionen, dicho concepto coincide con la oficina de presupuesto de Incoder y es aceptado por el comité en pleno”* (subrayado fuera del texto).

¹⁷⁶ Cualquier compromiso que demande la ejecución de recursos del Presupuesto General de la Nación debe acatar las respectivas normas presupuestales, hecho del que dan cuenta, en el caso de los “contratos estatales”, principalmente los artículos 25 (numerales 6, 7 y 13) y 41 de la Ley 80 de 1993, este último modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007:

“Ley 80/93. Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio: (...)

“6. Las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.

“7. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

“(…)

4.4. La configuración de la amenaza del derecho colectivo relacionado con “la defensa del patrimonio público”

Es importante indicar que, si bien el convenio de cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006 dispuso que la Fundación administraba¹⁷⁷ las sumas de dinero que conformaban el aporte del INCODER, las cuales le eran consignadas a la cuenta establecida por dicha entidad sin ánimo de lucro, en el mismo acuerdo se previó que aquella, en su condición de ejecutora de los recursos, frente a los aportados por ese establecimiento público, debía hacerlo en los términos que estableciera el “Comité Directivo” para tal fin¹⁷⁸, el cual¹⁷⁹, a su turno, estaba asistido por el “Comité Operativo”¹⁸⁰.

En el referido comité, la Fundación a través de su representante ejercía la Secretaría Técnica con voz, pero sin voto, razón por la cual las decisiones se adoptaban por unanimidad¹⁸¹ entre la Directora General de la UAESPNN y/o su delegado y el Gerente General del INCODER y/o su delegado.

Lo anterior bastaría para desestimar el reproche del actor popular, en la medida en que no es cierto que la Fundación hubiera ejecutado motu *proprio* los recursos del convenio, sin ningún tipo de limitación o control. De hecho, de acuerdo con las actas del “Comité Directivo”, se evidencia cómo en las reuniones¹⁸² ordinarias y extraordinarias efectivamente aquel aprobaba las solicitudes que implicaban la ejecución de recursos del convenio.

“13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.

“(...)”.

“Ley 80 de 1993. Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. (...)”

“Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda [inciso segundo modificado por el art. 23 de la Ley 1150/07].

“(...)”.

¹⁷⁷ *“CLÁUSULA TERCERA- APORTES: (...) PARÁGRAFO TERCERO: Para todos los efectos legales, LA FUNDACIÓN será la encargada de administrar las sumas de dinero que conforman el aporte del INCODER y de controlar mensualmente que efectivamente cada arrendatario haya efectuado el pago por concepto de canon de arrendamiento”.*

¹⁷⁸ *“CLÁUSULA NOVENA: OBLIGACIONES DE LAS PARTES: (...) LA FUNDACIÓN en su calidad de ejecutor de los recursos deberá: (...) c) Ejecutar los recursos financieros aportados por el INCODER en los términos que establezca el Comité Directivo para tal fin (...)”.*

¹⁷⁹ *“CLÁUSULA SEXTA: FUNCIONES DEL COMITÉ DIRECTIVO. Son funciones del Comité Directivo las siguientes: (...) d) Definir y aprobar la ejecución y destinación de los recursos aportados al presente convenio (...)”.*

¹⁸⁰ *“CLÁUSULA OCTAVA_ FUNCIONES COMITÉ OPERATIVO_ son funciones del Comité Operativo las siguientes: a) Presentar al comité Directivo para su aprobación un Plan de Acción para la intervención integral sobre el área de trabajo (...) e) Efectuar recomendaciones al Comité Directivo que permitan el cabal y pleno cumplimiento del presente convenio (...)”.*

¹⁸¹ El reglamento del Comité Directivo, aprobado mediante acta No. 002 de 17-ene-07, estableció: *“3.1. INTEGRANTES: Estará integrado por el Representante Legal de LA FUNDACIÓN y/o su delegado, la Directora General de LA UNIDAD y/o su delegado y el Gerente General del INCODER y/o su delegado.*

“(...)”

“3.3. TOMA DE DECISIONES: El Comité Directivo adoptará sus decisiones de manera unánime. LA FUNDACIÓN como miembro del Comité, tendrá voz pero no voto”.

¹⁸² Muestra del control que tenía el Comité Directivo en las decisiones de ejecución de recursos se evidencia en algunas de las reuniones realizadas, entre ellas:

- En la reunión extraordinaria de 6 de febrero de 2007, el Comité Directivo aprobó la solicitud de la UAESPNN de autorizar que la Fundación pudiera adelantar el pago de recursos que se requirieran

En relación con el cuestionamiento del actor popular frente al “overhead” convenido a favor de la Fundación, dicha prestación patrimonial, por la sola circunstancia de que implicó una salida de recursos públicos a favor de aquella, no puede considerarse como vulneradora del patrimonio público, en la medida en que no solo remuneraba legítimamente la actividad de dicha entidad sin ánimo de lucro de carácter mixto en el marco de la ejecución del convenio sino que, además, contribuía en que la misma entidad descentralizada pudiera crecer y consolidarse, lo cual redundaba en mayores posibilidades de que realizara su objeto.

En ese sentido, con base en lo que ha sostenido esta Corporación¹⁸³, no se infiere de lo acreditado en el proceso que los descuentos efectuados por la Fundación durante la ejecución del convenio fueran destinados a satisfacer fines particulares o utilizados en provecho y beneficio personales, en detrimento de los intereses de la colectividad, por el contrario, tuvieron como destino una entidad descentralizada por servicios de carácter mixto cuyo objeto no se encuentra en contravía de dichos intereses.

No obstante lo anterior, la Sala sí declarará que este derecho sigue siendo amenazado por cuenta de que no se encuentra acreditado en el proceso, cuál fue el destino final de los bienes adquiridos por la Fundación para dar cumplimiento al Plan de Acción Integral, razón por la cual ordenará, si no se ha hecho ya, su restitución.

para la vigilancia del predio “La Cocotera” y de otros que eventualmente se recibieran mientras se aprobaba el presupuesto para el 2007 del Convenio.

- En la reunión ordinaria de 23 de julio de 2007, el Comité Directivo aprobó: la reubicación dentro del Plan de Acción Integral de \$19.298.000 recomendada por el Comité Operativo y y los asignó para apoyar la adecuación y dotación de la estación de Policía en “Isla Grande”, condicionando la ejecución de dichos recursos a que se tuviera certeza de la disponibilidad de recursos de cofinanciación requeridos para hacer la totalidad de la inversión mínima necesaria para el funcionamiento de dicha estación; y la contratación de un profesional de apoyo a la gerencia de proyectos dentro del Plan de Acción Integral y el traslado a este nuevo rubro de los recursos respectivos provenientes de los recursos originalmente asignados al objetivo estratégico 1.

- En la reunión ordinaria de 11 de septiembre de 2007, el Comité Directivo aprobó la creación de cuentas dentro del Plan de Acción y el traslado a las mismas de recursos, específicamente, la adquisición e instalación de cuatro puestos de trabajo para el gerente y los técnicos asignados al plan, la adquisición de equipos de cómputo de escritorio, y viáticos para funcionarios del mismo plan.

- En la reunión ordinaria de 13 de diciembre de 2007 el Comité Directivo estableció darle prioridad a la ejecución de recursos para la dotación de “Isla Erizo”, por lo que se aprobó el traspaso de otros rubros y, además, aprobó el presupuesto del año 2008.

- En la reunión ordinaria de 29 de julio de 2008, el Comité Directivo decidió incorporar recursos para el rubro de celaduría en tanto se anunciaban baldíos a restituir por parte de la entonces UNAT. Asimismo, se aprobó “mensualizar” la distribución de las proyecciones, con el fin de priorizar la ejecución de proyectos que realmente estuvieran dirigidos a saneamiento ambiental y ordenamiento.

- En la reunión ordinaria de 22 de enero de 2009, el Comité Directivo aprobó la programación presupuestal presentada por la Fundación, el incremento del rubro de control y vigilancia y simultáneamente la reducción de los relacionados con adquisiciones de equipos y material de informática y dar continuidad a la contratación del personal del proyecto necesario para garantizar la adecuada ejecución del convenio.

- En la reunión ordinaria de 21 de agosto de 2009, el Comité Directivo aprobó el presupuesto complementario para el año 2009.

¹⁸³ CE. S3. Fallo de 14 de abril de 2005 [Rad. 19001-23-31-000-2002-01577-01(AP)]. MP. Germán Rodríguez Villamizar. Esta Corporación indicó, en relación con un convenio interadministrativo suscrito entre el departamento del Cauca y ASOMAC cuyo objeto era el mejoramiento, pavimentación y apertura de una vía pública, que dado que los recursos adeudados al primero no habían salido de la esfera de lo público, no se evidenciaba una vulneración al derecho colectivo al patrimonio público por parte de dicho departamento, en la medida en que no se infería de lo acreditado en el proceso que los pagos efectuados durante la ejecución del convenio fueran destinados a satisfacer fines particulares o utilizados en provecho y beneficio personales, de la administración o de sus servidores públicos, en detrimento de los intereses de la colectividad.

4.5. El incentivo

La Sala no reconocerá el incentivo que otrora establecía el artículo 40 de la Ley 472 de 1998 y que fue derogado por la Ley 1425 de 2010, con fundamento en la posición pacífica de Sala Plena de esta Corporación¹⁸⁴, de acuerdo con la cual, aún frente a los procesos en curso para cuando aquel se encontraba vigente, dicho estímulo económico de ninguna forma puede catalogarse como un derecho adquirido sino como una mera expectativa.

5. Costas

No se condenará en costas teniendo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 472 de 1998¹⁸⁵, no se encuentra acreditado que el demandante haya presentado la acción popular temerariamente o de mala fe.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 3 de diciembre de 2015 en el proceso de la referencia, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR que con el fenecimiento del plazo de ejecución del convenio cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006 operó la carencia actual de objeto por hecho superado en la presente acción popular.

SEGUNDO: DECLARAR que mientras estuvo vigente el convenio cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, el INCODER vulneró el derecho colectivo a la moralidad administrativa, por las razones contenidas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: DECLARAR que, en relación con los bienes adquiridos por la Fundación en ejecución del convenio cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, no se configuró un daño consumado.

CUARTO: DECLARAR que, mientras los bienes referidos en el ordinal anterior permanezcan bajo la titularidad o en poder de la Fundación, se amenaza el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público.

QUINTO: ORDENAR a las partes del convenio cooperación No. 122 de 18 de octubre de 2006, si no lo han hecho ya en la respectiva liquidación, garantizar la restitución de los bienes referidos en los ordinales anteriores a la entidad pública que corresponda, de acuerdo con las normas hoy vigentes.

¹⁸⁴ CE. SPCA. Fallo de 3 de septiembre de 2013 [Rad. 17001-33-31-001-2009-01566-01(AP)]. MP. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁸⁵ "Ley 472/98. Artículo 38. Costas. El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar al demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes, el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar".

SEXTO: CONFORMAR el comité de verificación de cumplimiento de la presente sentencia, así: el Procurador Judicial que designe el Ministerio Público, quien lo presidirá; los representantes y/o delegados del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de la Agencia Nacional de Tierras, de la Fundación Patrimonio Natural Fondo para la Biodiversidad y Áreas Protegidas y el actor popular. El comité se reunirá por convocatoria de su presidente a solicitud de cualquiera de sus miembros, y rendirá informes al despacho sobre el cumplimiento de esta providencia.

SÉPTIMO: COMUNICAR, a través de la Secretaría del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a los miembros del comité de verificación la decisión adoptada en esta sentencia respecto de su designación y conformación.

OCTAVO: Para los efectos de cumplir con lo ordenado en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998, la Secretaría del Tribunal Administrativo de Cundinamarca enviará copia de la demanda, del auto admisorio y del presente fallo a la Defensoría del Pueblo, con destino al Registro Público de Acciones Populares y de Grupo.

NOVENO: Sin costas.

DÉCIMO: Ejecutoriada esta providencia **ARCHÍVENSE** las diligencias previas las anotaciones respectivas en el sistema siglo XXI.

SEGUNDO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

MARÍA ADRIANA MARÍN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA