

MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Precisión jurisprudencial / PRECISION JURISPRUDENCIAL - Moralidad administrativa / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Juridicidad / JURIDICIDAD - Moralidad administrativa / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Alcance / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Subjetividad judicial / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Límites a la protección del derecho colectivo / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Elementos objetivos

La Sala considera, con base en la Constitución Política y en las normas legales, que el sistema jurídico colombiano precisa de la consagración en los textos jurídicos de las reglas que se aplican, y de los valores y principios que lo inspiran, para que éstos sean vinculantes, de suerte que no puede haber una fuente jurídica sin reconocimiento o desarrollo constitucional o legal. (No significa lo anterior que esté proponiendo una interpretación restringida del orden jurídico a lo expresamente dispuesto en las normas, dado que existen fuentes jurídicas que se pueden extraer mediante una labor de interpretación del mismo ordenamiento, sin que éste haya prescrito literalmente su contenido, como es el caso de la costumbre, la buena fe, las buenas costumbres, la analogía (iuris y legis), los principios generales del derecho, entre otras, pero siempre dentro del ámbito de lo consagrado por las normas.) La moralidad administrativa entendida en los términos en que aparece en el fallo referido, como aquello que la sociedad califica como “correcto” y “bueno” para las instituciones públicas y sus funcionarios aun cuando esté por fuera de lo prescrito por la Constitución Política y la ley, resulta sumamente vago e impreciso como para que sea establecido en calidad de límite a las actividades de la administración. Para la Sala, es completamente claro que las más de las veces la moral (o lo correcto o lo bueno) nutre al derecho, de forma tal que aquella subyace a éste y se constituye en una parte importante de su estructura; en tales casos se presenta, bajo la exteriorización de una norma, de manera concomitante, un contenido moral y uno jurídico que vinculan imperativamente a los miembros del conglomerado social. Es ese contenido moral, cuando se hace referencia a la moralidad administrativa, el que se ampara como derecho colectivo, y es por ello que la protección comprende un ámbito diferente del de la legalidad, entendida en su connotación pura y simple de juridicidad. Pero la moralidad que se protege como derecho colectivo ha de estar incorporada en una norma legal o en los valores y principios que inspiran la actuación administrativa, para que sea susceptible de protección por esta vía. No es aceptable predicar su infracción cuando quiera que se vaya en contra de lo que es “correcto” y “bueno” de conformidad con el “sentido común ético” y la “razón”, sin que se exija como condición necesaria para ello la concurrencia de tales elementos con la vulneración de una norma legal o de un valor o principio constitucional. Con anterioridad se ha dicho que la moralidad integra al derecho, y que la moralidad administrativa integra a los valores, principios y normas correspondientes, razón por la cual cuando se trate de una vulneración a la moralidad administrativa como derecho colectivo debe evidenciarse en el proceso la violación de los dos contenidos, es decir, del contenido moral y del contenido jurídico de la norma, entendiéndose por la vulneración del primero, según el caso concreto, la mala fe, las irregularidades, el fraude a la ley, la corrupción, la desviación de poder, entre otras conductas que representan un desarrollo de conceptos morales, y que además están contempladas en el ordenamiento jurídico. El juez se encuentra investido en todo momento de un grado importante de subjetividad respecto de sus fallos, pero esa subjetividad debe tener como asidero un objeto sobre el cual pueda desarrollar sus apreciaciones, es decir, unos cimientos firmes para edificar su decisión. La Sala considera que los valores, principios y las leyes son esas bases firmes a las cuales se debe recurrir siempre que se adelante un juicio sobre la amenaza o vulneración de la moralidad

administrativa, para determinar el alcance de ésta última en el caso concreto, pero jamás puede la subjetividad judicial buscar el título que legitima su acción en elementos extranormativos que no resultan homogéneos, inequívocos, precisos, es decir, que no son objetivos. La Sala afirma que lo “correcto”, lo “bueno” y la “razón”, son determinantes a efectos de fijar los límites para la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, pero no como fuentes autónomas extranormativas, dado que tales conceptos deben hacer parte de los valores o principios constitucionales, o de las normas legales que se toman como elemento objetivo para definir la correspondiente amenaza o vulneración. Es la fijación de la moralidad en las normas constitucionales y legales lo que posibilita que su infracción sea sancionada. Nota de Relatoría: Sobre LEGALIDAD: sentencia de 4 de noviembre de 2004, radicación AP-2305; sentencia del 6 de octubre de 2005, radicación AP-2214; sobre DESVIACION DE PODER: sentencia del 31 de octubre de 2002, radicación AP-518; sobre VALORES Y PRINCIPIOS: sentencia del 2 de junio de 2005, radicación AP-00720; sentencia del 26 de octubre de 2006, radicación AP-01645; sobre INTERPRETACION Y APLICACION: sentencia del 22 de agosto de 2007, radicación AP-0228

PATRIMONIO PUBLICO - Concepto. Evolución jurisprudencial

El concepto de patrimonio público que ha dado la jurisprudencia asume como punto de partida la relativa claridad conceptual que tiene la noción de patrimonio. En tal dirección, se dijo por el Consejo de Estado en un primer momento, que se trataba de la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva. No obstante lo anterior, en un reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, se amplió este contenido involucrando bienes que no son susceptibles de apreciación pecuniaria y que, adicionalmente, no involucran la relación de dominio que se extrae del derecho de propiedad, sino que implica una relación especial que se ve más clara en su interconexión con la comunidad en general que con el Estado como ente administrativo, legislador o judicial, como por ejemplo, cuando se trata del mar territorial, del espacio aéreo, del espectro electromagnético etc., en donde el papel del Estado es de regulador, controlador y proteccionista, pero que indudablemente está en cabeza de toda la población. En síntesis, este concepto de patrimonio, abarca todos los bienes materiales e inmateriales que se encuentran en cabeza del Estado como su titular (bienes de uso público, bienes fiscales y el conjunto de derechos y obligaciones que contraiga) y aquellas que lo constituyen (es decir todo aquello que se entiende incluido en la definición de Estado como territorio). Nota de Relatoría: Sobre ESTIMACION PECUNIARIA: Ver Sentencia del 31 de mayo de 2002. Rad. 1999-9001 (AP-300); sobre caso AUN NO PECUNIARIO NI DOMINIO: Sentencia del 21 de febrero de 2007. Rad. AP -00413

PATRIMONIO PUBLICO - Derecho colectivo / DEFENSA DEL PATRIMONIO PUBLICO - Finalidad

La consagración del patrimonio público como derecho colectivo, tiene por objeto indiscutible, su protección, lo que implica una doble finalidad: la primera, el mantenimiento de la integridad de su contenido, es decir prevenir y combatir su detrimento; y la segunda, que sus elementos sean eficiente y responsablemente administrados; todo ello, obviamente, conforme lo dispone la normatividad respectiva. Cualquier incumplimiento de estas dos finalidades, implica la potencial exigencia de la efectividad de tal derecho colectivo por parte de cualquier miembro de la colectividad.

ACCION POPULAR - Finalidad / ACCION POPULAR - Trámite preferencial / ACCION POPULAR - Coexistencia de acciones. Procedencia / ACCION POPULAR - Acto administrativo suspensión. Coexistencia de acciones / ACCION POPULAR - Contrato estatal suspensión. Coexistencia de acciones / COEXISTENCIA DE ACCIONES - Acción popular. Procedencia

Las acciones populares se han instituido para la protección de los derechos e intereses colectivos y, en tal virtud, han sido provistas, para el estudio y decisión final de los derechos sustanciales, de procedimientos más veloces que los de la vía ordinaria, así como también de trámite preferencial cuando se trata de pretensiones preventivas. Esto último ha provocado que en muchos casos los demandantes formulen acciones populares en lugar de acciones contenciosas administrativas, e incluso que respecto de una misma situación se invoque la protección por las dos vías. En tal escenario, se ha presentado la inquietud acerca de si pueden coexistir respecto de unos mismos hechos una acción popular y una acción ordinaria. La Sala se ha pronunciado al respecto para reconocer que las acciones populares y las acciones de nulidad, así como aquellas y las acciones contractuales, se pueden adelantar simultáneamente, y en tal sentido, han sido tomadas decisiones que han permitido a los jueces populares, como una forma de proteger los derechos colectivos, suspender el efecto de los actos administrativos y de los contratos demandados, hasta cuando se produzca la decisión final en el proceso ordinario correspondiente. De acuerdo con lo anterior, el juez popular no está atado de manos por la simple existencia de un proceso ordinario que esté relacionado con hechos idénticos o similares a los que él está conociendo, y mal hace si se abstiene de pronunciarse sobre el asunto con base en tal argumento. Cosa diferente es la que se presenta si dentro del proceso popular se evidencia que no existe un derecho colectivo involucrado, sino que el actor está pretendiendo utilizar una vía más expedita que la ordinaria para obtener la solución al conflicto subjetivo que ha surgido respecto del contrato estatal correspondiente. En este evento, la Sala considera que la acción popular no se puede convertir en una herramienta para que los intereses particulares reciban protección por un camino que no ha sido creado para esa finalidad, y ante tal escenario deberá ser declarada la improcedencia de la acción. En observancia de lo dicho hasta el momento, la Sala concluye que cuando exista un interés colectivo involucrado con el acto o contrato del Estado, aun cuando haya una acción ordinaria en curso, la acción popular será procedente para analizar el asunto y, si hay lugar, para tomar las medidas judiciales que brinden el amparo respectivo. Nota de Relatoría: Ver sobre ACCION POPULAR Y ACCION DE NULIDAD: ver de 16 de abril de 2007, AP-00008; sobre ACCION POPULAR Y ACCION CONTRACTUAL: Sentencia de 5 de octubre de 2005, Radicación: AP-01588

ACCION POPULAR - Pruebas / COPIAS - Valor probatorio / COPIAS - Autenticación. Valor probatorio / AUTENTICACION - Competencia. Valor probatorio / PERSONERO MUNICIPAL - Autenticación de documentos. Improcedencia / DOCUMENTO PUBLICO - Valor probatorio

Procederá la Sala a determinar el valor probatorio de los documentos que dan cuenta de la existencia y contenido de los actos y contratos sobre los cuales se fundamenta la presente acción popular. Para tal efecto, se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil por disposición expresa del artículo 29 de la ley 472 de 1998, y por remisión del artículo 44 de la misma ley al Código Contencioso Administrativo, el cual, a su vez, en el artículo 168 encarga la regulación del asunto al Código de Procedimiento Civil. Para el análisis correspondiente se debe recordar que quien los aportó al proceso fue el acto popular. Los documentos

referidos, de acuerdo con el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, corresponden a la calificación de documentos públicos, debido a que fueron otorgados por un funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. No obstante, habida cuenta de que los documentos no fueron aportados en original, tendrá que estudiarse su valor probatorio de conformidad con el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el Decreto 2282 de 1989, artículo 1º, numeral 117). La Sala considera que los documentos aportados al proceso para acreditar la existencia y el contenido de los actos administrativos no cumplen con lo ordenado por las normas para su valoración probatoria. Al respecto, se puede advertir que la leyenda que obra sobre las fotocopias respectivas (“Que la presente fotocopia es fiel y exacta reproducción del original que he tenido a la vista”), acompañada de una rúbrica, y que hace las veces de autenticación, no identifica en parte alguna al funcionario que hizo la labor correspondiente. A pesar de ello, en una labor de interpretación de las pruebas en conjunto, como lo ordena el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, la Sala ha advertido que el actor popular solicitó al Personero Municipal de Ocaña, Yebraíl Haddad Linero expedir “... copia auténtica de todos los archivos (analógicos y magnéticos) ... sobre la relación jurídica suscitada entre el municipio de Ocaña y la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Ocaña (ESPO S.A.) con ocasión del finiquitado “CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ... La petición tiene el propósito de constituir una prueba con fines judiciales...”. De lo anterior se puede inferir que las fotocopias de las resoluciones tienen el sello y la rúbrica del Personero Municipal a quien se hizo la solicitud, de suerte que tal funcionario estaría “autenticando” documentos que emanaron de terceros, específicamente, las resoluciones expedidas por el Alcalde del Municipio de Ocaña. No obstante el esfuerzo interpretativo para identificar al funcionario “autenticador”, la Sala considera que tales documentos no tienen el valor probatorio que ordena el artículo 254 antes anotado, en tanto que el Personero Municipal no tiene competencia legal para dar autenticidad a las copias de las resoluciones. La Ley 136 de 1994 prescribe cuál es la naturaleza de su cargo y cuáles las funciones correspondientes, de lo que se concluye que en ninguna parte se ha asignado a tales funcionarios la posibilidad de autenticar copias de documentos públicos emanados de terceros. En el numeral 2 del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil se reconoce el mismo valor probatorio de los documentos originales a las copias que hayan sido autenticadas por notario, cuestión que resulta evidente a la luz de las atribuciones que la ley ha dado a la institución del notariado en Colombia como titular de la fe pública o notarial, pero no así, como antes lo decíamos, en relación con los documentos “autenticados” por las personerías. En el numeral 1 de la norma se reconoce el mismo valor probatorio de los documentos originales a las copias “Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.”; este numeral tampoco puede ser aplicado al caso, especialmente, porque no hubo una orden judicial previa y, adicionalmente, porque es muy poco probable que los documentos públicos originales de las resoluciones dictadas por el Alcalde Municipal reposaran en la personería municipal. Tampoco se puede aplicar el numeral 3 debido a que no hubo inspección judicial en el curso de la cual se compulsaran copias del original o de copia autenticada de las resoluciones. Respecto de los contratos y de las actas de renovación correspondientes, los cuales tienen la condición de documentos públicos habida cuenta de la participación de un funcionario público en ejercicio de su cargo en la creación de los mismos, se puede notar que fueron aportados en copias simples, y en fotocopia autenticada de una copia simple, razón por la cual se concluye que no se acreditó la existencia y contenido de los contratos, en concordancia con lo prescrito por los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil.

ACCION POPULAR - Carga de la prueba. Incentivo económico / INCENTIVO ECONOMICO - Carga de la prueba / PRINCIPIO DISPOSITIVO - Carga de la prueba. Acción popular

De conformidad con el artículo 30 de la ley 472 de 1998, que recoge para las acciones populares la regla general que en materia probatoria comprende el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, y en materia civil el artículo 1757 del Código Civil, la carga de la prueba corresponde al demandante, en este caso al actor popular, lo cual, sumado a la existencia de un incentivo económico a su favor (artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998), le impone la obligación de aportar al proceso todas las pruebas pertinentes y conducentes para el éxito de la acción. Si bien es cierto que en el mencionado artículo 30 se afirma que el juez deberá impartir las órdenes necesarias para allegar algunas pruebas al proceso, esta disposición está limitada a los eventos en los cuales por razones de orden económico o técnico el actor popular no pueda cumplir con la carga de la prueba, de suerte que frente a las otras pruebas impera el principio dispositivo aludido anteriormente, en virtud del cual corresponde al demandante aportar los elementos probatorios. En el presente caso, el demandante omitió la carga de aportar las pruebas sobre los actos administrativos y contratos que constituían la materia principal del proceso, los cuales no entrañaban desde el punto de vista técnico, ni desde el económico, en los términos del artículo 30 referido, una carga que el demandante no pudiera asumir, de modo que resultara exigible a la autoridad judicial ordenar las pruebas de oficio. En efecto, el actor popular habría podido pedir al a quo que se ordenara a los demandados llevar al proceso copias auténticas de los documentos mencionados, de la misma forma que lo hizo al solicitar en la demanda que se ordenara a ESPO el envío de "...copia auténtica de los estados financieros de la entidad entre el 5 de enero de 2002 a la fecha...", pero no lo hizo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Bogotá D.C., veintiuno (21) de mayo de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 54001-23-31-000-2004-01415-01(AP)

Actor: HENRY PACHECO CASADIEGO

Demandado: MUNICIPIO DE OCAÑA Y OTRO

Referencia: ACCION POPULAR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor popular en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, de fecha 30 de marzo de 2006, por medio de la cual declaró improcedente la acción popular ejercida contra el Municipio de Ocaña y la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Ocaña ESPO S.A. y negó las pretensiones.

ANTECEDENTES

1. Demanda

El 25 de noviembre de 2004, el señor Henry Pacheco Casadiego, en ejercicio de la acción popular, obrando en nombre propio, presentó demanda en contra del Municipio de Ocaña y la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Ocaña ESPO S.A.¹

1.1. Pretensiones

Las pretensiones comprendidas en la demanda estaban dirigidas a obtener la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, y correspondían a:

- Que se ordenara al Gerente de ESPO reintegrar al Municipio de Ocaña la suma de \$1.763.547.139,80, obtenida por aquella a título de utilidades netas en el período comprendido entre el 5 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, como consecuencia del usufructo ilegal de la infraestructura de propiedad del municipio en la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado; así mismo, que se ordenará el reintegro de las utilidades que se hubieran generado con posterioridad. En ambos casos se debería proceder con la actualización respectiva de las sumas;
- Que se ordenara al Alcalde del Municipio de Ocaña adoptar las medidas necesarias para proteger los recursos públicos y evitar que continuara el

¹ Folios 3 – 20, Cuaderno 1

enriquecimiento ilegal de ESPO y el detrimento correspondiente de los intereses de la sociedad ocañera;

- Que se ordenara el reconocimiento y pago del incentivo económico a su favor.

1.2. Petición de Medidas Cautelares

- Que se ordenara el embargo y retención de los dineros depositados o que llegare a depositar la demandada en las cuentas de las instituciones bancarias de la ciudad, hasta por un valor de \$2.700.000.000.00;
- Que se ordenara el embargo y retención de los dineros que de manera diaria y periódica recaude la empresa, hasta por un valor de \$2.700.000.00.

1.3. Hechos

Los hechos expuestos por el actor popular, se pueden presentar de la siguiente forma:

- El 13 de julio de 1994, mediante el Acuerdo 16 del Concejo Municipal de Ocaña, se creó una sociedad por acciones, la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Ocaña ESPO S.A., para la administración de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo urbano en el Municipio de Ocaña;
- El 2 de septiembre de 1994, mediante el Acuerdo 29 del Concejo Municipal de Ocaña, se autorizó al Alcalde Municipal para entregar en arrendamiento a la ESPO los activos del municipio necesarios para la prestación del servicio público referido;
- El 13 de octubre de 1994, el Alcalde de ese entonces, Luis Eduardo Vergel Prada, suscribió con el representante legal de ESPO, William Alfonso Palacio Rueda, dos contratos de arrendamiento, identificados como 005 y 006, cada uno por duración de 5 años, renovables por acuerdo entre las partes;

- En virtud del Contrato 005, el municipio entregó:

“...los bienes afectados a la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, incluyendo los sistemas eléctrico, mecánico e hidráulico de las plantas de tratamiento de agua potable de “El Algodonal” y “El Llanito”, así como elementos de almacén, implementos componentes de medidores, equipo de laboratorio y accesorios, equipos de cafetería, equipos de oficina y vehículo”²;

- En virtud del Contrato 006, el municipio entregó:

“...cuatro (4) vehículos afectados a la prestación del servicio de aseo urbano; un (1) recolector-compactador Ford 800, una (1) volqueta Dodge 300, un (1) tractor Fiat Diesel 80-66 modelo 1989 con caja recolectora-compactadora y un (1) vehículo recolector-compactador de basuras marca Ford 700.”³;

- El 16 de octubre de 1999, José Aquiles Rodríguez Martínez, en condición de Alcalde del municipio, y Jesús Alfredo Contreras Mejía, como gerente encargado de ESPO, suscribieron un acta por medio de la cual renovaron los contratos 005 y 006 por la misma duración y canon originariamente pactados *“...hasta cuando el honorable Concejo Municipal de Ocaña, a través de acuerdo municipal precise las nuevas condiciones en cuanto al valor y plazo de esta renovación.”⁴;*

- El 3 de mayo de 2000, Iván Alfredo Manzano Rincón, en condición de alcalde encargado, y William Alfonso Palacio Rueda, gerente de ESPO, firmaron el Acta No. 006, por medio de la cual se estableció que el canon de arrendamiento, que a la fecha estaba en el 33%, de los recaudos obtenidos por el cobro de ESPO a los usuarios de acueducto, se aumentaría al 36 % y, posteriormente, al 40%. En el mismo sentido, respecto del servicio de alcantarillado, se acordó que el canon arrendamiento, que a la fecha estaba en el 33.33%, de los recaudos obtenidos por el cobro de ESPO a los usuarios de acueducto, se aumentaría al 45 % y, posteriormente, al 47%;

² Folio 7, Cuaderno 1

³ Folio 7, Cuaderno 1

⁴ Folio 8, Cuaderno 1

- El 14 de junio de 2001, por medio de la Resolución No. 566, Jorge Eliécer Manosalva Durán, en condición de Alcalde Encargado del Municipio de Ocaña, terminó unilateralmente, en ejercicio de las cláusulas exorbitantes, el Contrato No. 005;
- El 13 de julio de 2001, por medio de la Resolución No. 714, Francisco Antonio Coronel Julio, Alcalde de Ocaña, terminó unilateralmente, en ejercicio de las cláusulas exorbitantes, el Contrato No. 006;
- Las resoluciones referidas, fueron debidamente notificadas a ESPO, y ordenaban, respecto de los contratos, “...su liquidación y la adopción de las medidas necesarias tendientes a asegurar la inmediata, continúa (sic), adecuada y eficiente prestación del servicio (...) y la inmediata restitución de los activos.”⁵;
- ESPO solicitó la revocatoria directa de las resoluciones referidas, petición que no fue acogida por el alcalde mediante Resolución No. 1394 del 19 de noviembre de 2001;
- ESPO demandó al municipio de Ocaña ante el Tribunal Administrativo de Norte de Santander mediante la acción contractual ordinaria, con la pretensión, entre otras, de que se anularan las resoluciones números 566 de 2001, 714 de 2001 y 1394 de 2001. El proceso correspondiente se tramita bajo el número 2002-1443;
- A pesar de que las resoluciones están en firme,

“(...) la actual administración, (sic) no ha adoptado las medidas para retomar sus propios bienes y cumplir y hacer cumplir sus propios actos, pues no sobra recordar, que las decisiones que resolvieron terminar la relación contractual con la empresa están cobijados por la presunción de legalidad, gozan de estabilidad; (sic) pues contra ellos no procede recurso alguno por la vía gubernativa y no resulta posible, promover su revocatoria directa en virtud de que contra ellos, se interpusieron los recursos de ley y, existe a la fecha auto de admisorio (sic) de la demanda que pretende su anulación proferido por autoridad municipal competente y éstos están revestidos de fuerza ejecutoria y efectividad ejecutiva.”⁶

⁵ Folios 9 – 10, Cuaderno 1

⁶ Folio 11, Cuaderno 1

- El 19 de mayo de 2004, el personero municipal de Ocaña, Yebrail Haddad Linero, presentó un derecho de petición ante el alcalde de Ocaña para que: se diera cumplimiento a lo dispuesto en las resoluciones mencionadas; se creara de manera temporal una unidad encargada de la administración de los servicios públicos; se hiciera una licitación pública para la concesión de la administración de los servicios; y se solicitara a ESPO:

“(...) el reembolso de la suma de mil setecientos sesenta y tres millones quinientos cuarenta y siete mil ciento treinta y nueve pesos con ochenta centavos (\$1.763’547.139,80) correspondiente a las utilidades netas obtenidas por la empresa para el período comprendido entre enero 5 de 2002 y diciembre 31 de 2003, no estando autorizada para percibir tales ganancias por contrato o fuente jurídica alguna”.

- El 10 de junio de 2004, el alcalde dio respuesta a la petición anterior, pero no resolvió de fondo la solicitud, ni manifestó la intención de que el contratista devolviera el dinero referido.

2. Admisión y Notificación

El 2 de diciembre de 2004⁷, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander por medio de auto admitió la acción popular, denegó las medidas cautelares solicitadas y ordenó: notificar personalmente al alcalde del municipio de Ocaña y correrle traslado por el término de 10 días; notificar personalmente al gerente de ESPO y correrle traslado por el término de 10 días; notificar a la Defensoría del Pueblo de Norte de Santander; comunicar al Procurador Judicial para Asuntos Administrativos; informar a los miembros de la comunidad de Ocaña, a través del Personero Municipal del municipio, en su condición de representante de la misma, y por los medios a su alcance.

3. Desistimiento de la acción y supuesto impedimento de la Magistrada ponente

El 13 de diciembre de 2004, el actor popular presentó un memorial⁸ por medio del cual manifestó que existía animadversión hacia él de parte de la Magistrada

⁷ Folios 227 – 230, Cuaderno 1

⁸ Folios 231 – 232, Cuaderno 1

Ponente Iziar Elisa Sarmiento Torres, y que, como consecuencia de ello, le solicitaba declararse impedida y desistía de la acción.

La Magistrada puso en conocimiento de la Sala lo expresado por el actor⁹, y ésta, mediante auto del 17 de enero de 2005¹⁰, no aceptó la recusación insinuada por el actor y devolvió el asunto al despacho de origen para continuar con el trámite.

Con posterioridad, la Sala, mediante auto del 3 de marzo de 2005, resolvió negar la solicitud de desistimiento presentada por el actor¹¹.

4. Contestación de la demanda por parte del Municipio de Ocaña y de la Empresa de Servicios Públicos de Ocaña ESPO S.A.

El 7 de marzo de 2005, el Municipio y ESPO contestaron la demanda¹² de manera conjunta, por intermedio de apoderado judicial, aceptando como ciertos unos hechos y contradiciendo otros.

Sus argumentos principales consistieron en:

- La anterior administración del Municipio de Ocaña no hizo nada para materializar su decisión de terminar los contratos No. 5 y No. 6, que tenían como objeto la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado y recolección de basuras a ESPO. Esto último a pesar de que la resolución No. 1394 del 19 de noviembre de 2001, que denegó la pretensión de revocar las resoluciones No. 566 y No. 714 de 2001 (que terminaron unilateralmente los contratos No. 5 y No. 6), quedó en firme desde hace más de tres años (contados hasta el momento de la contestación de la demanda).
- Contrario a lo que el alcalde anterior utilizó como motivación para terminar los contratos, no hubo incumplimiento por parte del Municipio de Ocaña derivado de la falta de constitución de las pólizas de garantía de los contratos, ni de la no suscripción del contrato de auditoría correspondiente;

⁹ Folios 233 – 236, Cuaderno 1

¹⁰ Folios 237 – 239, Cuaderno 1

¹¹ Folios 241 – 244, Cuaderno 1

¹² Folios 260 – 270, Cuaderno 1

ESPO sí suscribió, con la Previsora S.A., la garantía para el cumplimiento de las obligaciones, y la auditoria externa la llevó a cabo la firma Servisistemas Contables;

- Contrario a lo que el alcalde anterior utilizó como motivación para terminar los contratos, ESPO cumplió con la obligación de presentar los planes de gestión y resultados. En el mismo sentido, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios le confirió a ESPO su *“AVAL en lo que respecta al cumplimiento del marco normativo que dicho ente vigila”*;
- La administración municipal no procedió con la liquidación de los contratos en la forma prescrita por la ley;
- ESPO ha continuado con la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, y ha venido cancelando el correspondiente canon de arrendamiento desde el 4 de enero de 2002, motivo por el cual, a pesar de la terminación unilateral de los mismos por parte de la administración, los contratos 005 y 006 de 1994 existen, y no hay lugar a la devolución de los dineros reclamados en la demanda;
- La actual administración del Municipio no ha adoptado las medidas para hacer cumplir las resoluciones de terminación de los contratos, por cuanto está haciendo estudios minuciosos dirigidos a establecer si tales actos mantienen su sustento jurídico;
- El Municipio de Ocaña es accionista mayoritario de ESPO, por lo tanto la entidad territorial recibe los dividendos que la empresa genera y el canon de arrendamiento correspondiente;
- Las demandadas no han amenazado ni vulnerado los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público.

5. Audiencia de Pacto de Cumplimiento

El 4 de mayo de 2005 se llevó a cabo la audiencia. Se hicieron presentes la parte accionada y el Ministerio Público, pero no el actor popular, como consecuencia de lo cual se declaró fallida¹³.

6. Alegatos de Conclusión y Concepto del Ministerio Público

Una vez superado el período probatorio (iniciado mediante auto del 7 de junio de 2005¹⁴), el Tribunal corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto¹⁵.

6.1. Alegatos de conclusión del demandante¹⁶

Mediante escrito presentado el día 7 de marzo de 2006, el actor popular reiteró los argumentos de la demanda, en especial:

- Señaló que ESPO, en el periodo comprendido entre el 5 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2005, se apoderó de una suma que asciende aproximadamente a dos mil trescientos millones de pesos (\$2.300.000.000.00) sin que hubiera fuente legal ni contractual para ello; por tal razón se debe reintegrar esa suma a la entidad territorial;
- Insistió en que los contratos 005 y 006 de 1994 fueron terminados unilateralmente por la administración y en que las respectivas resoluciones se encuentran en firme, a pesar de la demanda ordinaria contractual instaurada por ESPO S.A. contra el Municipio de Ocaña.

6.2. Alegatos de conclusión de la Empresa de Servicios Públicos de Ocaña S.A. y el Municipio de Ocaña¹⁷

Fueron presentados el día 8 de marzo de 2006. El apoderado de ambas partes reiteró lo dicho en la demanda y afirmó lo siguiente:

¹³ Folio 280, Cuaderno 1

¹⁴ Folios 281 – 282, Cuaderno 1

¹⁵ Folio 320, Cuaderno 1

¹⁶ Folios 321 – 324, Cuaderno 1

¹⁷ Folios 325 –332, Cuaderno 1

- Existe fuente legal que faculta a ESPO a continuar con la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, porque el Municipio está de acuerdo en que se preserve dicho contrato y porque tal entidad ha recibido de ESPO los cánones de arrendamiento correspondientes;
- El municipio debe asegurar la prestación de los servicios públicos esenciales como acueducto, alcantarillado y aseo, y en las actuales circunstancias, la entidad territorial no podría prestarlos de manera adecuada, eficiente y continua por cuanto no cuenta con las condiciones técnicas y económicas para ello; en tal sentido, la prestación de servicios por parte de ESPO debe continuar;

En consecuencia no se han amenazado ni vulnerado los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público.

6.3. Concepto del Ministerio Público¹⁸

El día 8 de marzo de 2006, el Ministerio Público solicitó al *a quo* que se denegaran las pretensiones de la demanda.

El fundamento para ello se hizo consistir en la existencia de un proceso en el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, donde, en ejercicio de la acción contractual, se pidió, entre otras cosas, la anulación de las resoluciones No. 566 y No. 714, por medio de las cuales el municipio de Ocaña dio por terminado los contratos de arrendamiento número 005 y 006 de 1994.

La Procuraduría considera que un pronunciamiento en el presente proceso popular haría nugatorio el fallo que se producirá en el marco de la acción ordinaria, por cuanto los dos están referidos a los mismos actos administrativos.

7. Sentencia de Primera Instancia

¹⁸ Folios 333 – 338, Cuaderno 1

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante sentencia de 30 de marzo de 2006¹⁹, denegó las pretensiones de la demanda por improcedencia de la acción.

El *a quo* afirmó que la existencia de un proceso ordinario anterior, de naturaleza contractual, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (radicado 2002-1443) mediante el cual ESPO demandó al Municipio de Ocaña para que se declarara la nulidad de las resoluciones 566, 714 y 1394, que dieron por terminados los contratos de arrendamiento número 005 y 006 de 1994, no hacía posible seguir con la acción.

El Tribunal concluyó:

“Por lo tanto, al existir un proceso contractual por los mismos hechos con idéntico objeto y cuya existencia era conocida por el accionante se torna la acción popular en improcedente.”

8. Recurso de Apelación

La parte actora interpuso recurso de apelación el día 2 de mayo de 2006²⁰, y argumentó, principalmente, que:

- el propósito de la acción popular era diferente del de la acción ordinaria, en tanto que aquella no pretendía la declaración de nulidad de las resoluciones 566, 714 y 1394 de 2001, sino la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa;
- la acción popular no buscaba el cumplimiento de las resoluciones anotadas, pues si esa hubiera sido la intención se habría impetrado la acción de cumplimiento;
- es absurdo lo dicho por el Tribunal de que el actor pudiera haber actuado en el proceso contractual referido, pues el fin es totalmente disímil al de la acción popular.

¹⁹ Folios 346-368, Cuaderno principal

²⁰ Folios 135 – 136, Cuaderno Principal

Además de los argumentos referidos reiteró los esgrimidos en la demanda.

9. Actuación procesal en la segunda instancia

9.1. Admisión del recurso

El Consejo de Estado, por medio de auto de fecha 18 de agosto de 2006²¹, admitió el recurso de apelación.

9.2. Traslado para presentar alegatos de conclusión

El 9 de octubre de 2006, mediante auto²², se dio traslado a las partes para la presentación de los alegatos de conclusión. Las partes guardaron silencio.

9.3. Traslado para presentar alegatos de conclusión²³

El Ministerio Público conceptuó mediante escrito presentado el 23 de noviembre de 2006, y solicitó que se confirmara la decisión del *a quo*.

9.4. Información a la comunidad sobre la existencia del proceso

Cuando se encontraba el asunto para dictar sentencia, el Consejero Sustanciador advirtió que no constaba en el expediente prueba de que se hubiera informado a los miembros de la comunidad sobre la admisión de la demanda, lo cual constituía una causal de nulidad. Por tal razón, mediante auto del 10 de octubre de 2007²⁴, se ordenó que se publicara un aviso en el cual se hiciera constar la admisión de la demanda y la existencia de la nulidad saneable.

En atención a lo anterior, el actor popular aportó una certificación de que el aviso correspondiente había sido leído en la emisora Radio Sonar a las 7:15 a.m. del 12 de diciembre de 2007²⁵.

²¹ Folio 383, Cuaderno Principal

²² Folio 385, Cuaderno Principal

²³ Folios 387-396, Cuaderno Principal

²⁴ Folios 398-399, Cuaderno Principal

²⁵ Folios 406-410, Cuaderno Principal

CONSIDERACIONES

En este aparte la Sala estudiará los derechos colectivos cuyo amparo se pretende, esto es la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público.

1. Moralidad administrativa

La moralidad administrativa ha sido objeto de un buen número de esfuerzos jurisprudenciales para darle alcance y definición, como consecuencia de los cuales se ha dicho que se atenta contra tal derecho colectivo, entre otros eventos: cuando se transgrede la legalidad en razón a finalidades de carácter particular²⁶, noción que la aproxima a la desviación de poder²⁷; cuando se va en contra de los valores y principios que inspiran la actuación administrativa y que determinan la expedición de las normas correspondientes²⁸; cuando se interpretan y aplican normas legales o decisiones judiciales en un sentido que se aparta de forma protuberante u ostensible del debido entendimiento de las mismas²⁹.

La relación entre la moralidad y la juridicidad debe tener un espacio en esta providencia para efectos de dar un alcance más preciso a lo dicho recientemente por la Sala, a saber:

“la moral administrativa también se halla por fuera de las normas, pero dentro del comportamiento que la sociedad califica como correcto y bueno

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 4 de noviembre de 2004, radicación N° 2500023240002003 (AP-2305) 01. Actor: William Reini Fariás Pedraza. Demandado: DIAN. C.P. Ricardo Hoyos Duque. En el mismo sentido, véase sentencia del 6 de octubre de 2005, radicación N° 0800123310002002 (AP-2214) 01. Actor: Jairo Torres Moreno y otros. Demandado: Distrito especial, industrial y portuario de Barranquilla. C.P.: Dra. Ruth Stella Correa.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 31 de octubre de 2002, radicación N° 5200123310002000105901 (AP-518). Actor: Jesús Orlando Mejía Yepes. Demandado: Empresa de Licores de Nariño y otros. C.P. Ricardo Hoyos Duque

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 2 de junio de 2005, radicación N° 2500023270002003 (AP-00720) 02. Actor: Fundación Un sueño por Colombia. Demandado: Nación – Ministerio de Comunicaciones. C.P. Dra. Ruth Stella Correa. También, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 26 de octubre de 2006, radicación N° 7600123310002004 (AP-01645) 01. Actor: Andrés Alberto Gómez Orozco. Demandado: Municipio de Santiago de Cali. C. P. Mauricio Fajardo Gómez

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 22 de agosto de 2007, radicación N° 6800123150002003 022801 (AP-0228) 01. Actor: Linnette Andrea Gutiérrez y Otro. Demandando: Municipio de Bucaramanga. C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

para las instituciones públicas y sus funcionarios, en relación con la administración del Estado. Esta fuente de la moral administrativa exige del juez mayor actividad judicial, pero con ayuda de la razón y del sentido común ético puede calificar los distintos comportamientos administrativos a la luz de la moral exigible de quien administra la cosa pública.”

La Sala considera, con base en la Constitución Política y en las normas legales, que el sistema jurídico colombiano precisa de la consagración en los textos jurídicos de las reglas que se aplican, y de los valores y principios que lo inspiran, para que éstos sean vinculantes, de suerte que no puede haber una fuente jurídica sin reconocimiento o desarrollo constitucional o legal.

(No significa lo anterior que esté proponiendo una interpretación restringida del orden jurídico a lo expresamente dispuesto en las normas, dado que existen fuentes jurídicas que se pueden extraer mediante una labor de interpretación del mismo ordenamiento, sin que éste haya prescrito literalmente su contenido, como es el caso de la costumbre, la buena fe, las buenas costumbres, la analogía (*iuris* y *legis*), los principios generales del derecho, entre otras, pero siempre dentro del ámbito de lo consagrado por las normas.)

La moralidad administrativa entendida en los términos en que aparece en el fallo referido, como aquello que la sociedad califica como “correcto” y “bueno” para las instituciones públicas y sus funcionarios aun cuando esté por fuera de lo prescrito por la Constitución Política y la ley, resulta sumamente vago e impreciso como para que sea establecido en calidad de límite a las actividades de la administración.

Para la Sala, es completamente claro que las más de las veces la moral (o lo correcto o lo bueno) nutre al derecho, de forma tal que aquella subyace a éste y se constituye en una parte importante de su estructura; en tales casos se presenta, bajo la exteriorización de una norma, de manera concomitante, un contenido moral y uno jurídico que vinculan imperativamente a los miembros del conglomerado social. Es ese contenido moral, cuando se hace referencia a la moralidad administrativa, el que se ampara como derecho colectivo, y es por ello que la protección comprende un ámbito diferente del de la legalidad, entendida en su connotación pura y simple de juridicidad.

Pero la moralidad que se protege como derecho colectivo ha de estar incorporada en una norma legal o en los valores y principios que inspiran la actuación administrativa, para que sea susceptible de protección por esta vía. No es aceptable predicar su infracción cuando quiera que se vaya en contra de lo que es “correcto” y “bueno” de conformidad con el “sentido común ético” y la “razón”, sin que se exija como condición necesaria para ello la concurrencia de tales elementos con la vulneración de una norma legal o de un valor o principio constitucional.

El derecho es una ciencia social, en la cual la objetividad se presenta como lo que es generalmente aceptado por la comunidad, cosa que se puede lograr con la expedición de normas legales, con el desarrollo de valores y principios constitucionales y con el comportamiento conforme, congruente, lícito y reiterado de los asociados, como ocurre con el evento de la costumbre *praeter legem*.

Pero esa objetividad no se logra si se recurre, sin consultar a las normas, a términos como “correcto”, “bueno”, “razón”, los cuales, a pesar de contar con un significado natural y obvio en las diferentes acepciones que la perspectiva del lenguaje brinda, en los terrenos del derecho dan lugar a las más enconadas discusiones por la dificultad de su concreción, aplicación y acertamiento, y más aún por los riesgos que representan para la administración de justicia, al constituir un reto para los intentos de dar seguridad jurídica a la sociedad. Más difícil todavía resulta establecer el alcance del “sentido común ético” como factor para ponderar la amenaza o vulneración de la moralidad administrativa, dada la falta total de desarrollo de esta fórmula dentro de nuestra tradición jurídica.

Esa indeterminación abre un espacio para el libre juego de las tendencias políticas, sociales, éticas y morales del juez, quien a pesar de desempeñar una actividad judicial, como individuo, de manera consciente o inconsciente, difícilmente renunciará a lo que tales inclinaciones le sugieren en su tarea de determinar en el caso concreto, y por fuera de lo que las normas ordenan, lo que es “correcto” y “bueno”, de acuerdo con la “razón” y el “sentido común ético”.

Con anterioridad se ha dicho que la moralidad integra al derecho, y que la moralidad administrativa integra a los valores, principios y normas correspondientes, razón por la cual cuando se trate de una vulneración a la moralidad administrativa como derecho colectivo debe evidenciarse en el proceso

la violación de los dos contenidos, es decir, del contenido moral y del contenido jurídico de la norma, entendiéndose por la vulneración del primero, según el caso concreto, la mala fe, las irregularidades, el fraude a la ley, la corrupción, la desviación de poder, entre otras conductas que representan un desarrollo de conceptos morales, y que además están contempladas en el ordenamiento jurídico.

El juez se encuentra investido en todo momento de un grado importante de subjetividad respecto de sus fallos, pero esa subjetividad debe tener como asidero un objeto sobre el cual pueda desarrollar sus apreciaciones, es decir, unos cimientos firmes para edificar su decisión. La Sala considera que los valores, principios y las leyes son esas bases firmes a las cuales se debe recurrir siempre que se adelante un juicio sobre la amenaza o vulneración de la moralidad administrativa, para determinar el alcance de ésta última en el caso concreto, pero jamás puede la subjetividad judicial buscar el título que legitima su acción en elementos extranormativos que no resultan homogéneos, inequívocos, precisos, es decir, que no son objetivos.

En consecuencia, la Sala afirma que lo “correcto”, lo “bueno” y la “razón”, son determinantes a efectos de fijar los límites para la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, pero no como fuentes autónomas extranormativas, dado que tales conceptos deben hacer parte de los valores o principios constitucionales, o de las normas legales que se toman como elemento objetivo para definir la correspondiente amenaza o vulneración. Es la fijación de la moralidad en las normas constitucionales y legales lo que posibilita que su infracción sea sancionada.

2. Defensa del patrimonio público

El concepto de patrimonio público que ha dado la jurisprudencia asume como punto de partida la relativa claridad conceptual que tiene la noción de patrimonio³⁰. En tal dirección, se dijo por el Consejo de Estado en un primer

³⁰ La Real Academia de la Lengua define la palabra “patrimonio” en el sentido de la ciencia del Derecho, como el “conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica”; se puede decir que es una tesis más o menos aceptada en su generalidad, pero criticada en sus elementos específicos, como por ejemplo, ya que se critica el hecho de que sea necesario que pertenezca a una persona, por la existencia de patrimonios autónomos; o si puede contener además de bienes, derechos, etc.

momento, que se trataba de la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva³¹.

No obstante lo anterior, en un reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, se amplió este contenido involucrando bienes que no son susceptibles de apreciación pecuniaria y que, adicionalmente, no involucran la relación de dominio que se extrae del derecho de propiedad, sino que implica una relación especial que se ve más clara en su interconexión con la comunidad en general que con el Estado como ente administrativo, legislador o judicial, como por ejemplo, cuando se trata del mar territorial, del espacio aéreo, del espectro electromagnético etc., en donde el papel del Estado es de regulador, controlador y proteccionista, pero que indudablemente está en cabeza de toda la población. En esta oportunidad se expresó esta Sección de la siguiente forma³²:

“Aprovecha la Sala esta oportunidad para señalar que el alcance de la noción de patrimonio público, prevista en el artículo 4 de la Ley 472, naturalmente incluye los bienes inmateriales y los derechos e intereses que no son susceptibles de propiedad por parte del Estado, pues existen eventos en que él mismo es el ‘sujeto’ llamado -a un título distinto de propiedad-, a utilizarlos, usarlos, usufructuarlos, explotarlos, concederlos y, principalmente, a defenderlos.

“Tal es el caso del territorio nacional -del cual forman parte, entre otros, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geostacionaria-, respecto del cual en la doctrina del Derecho Internacional se ha admitido la titularidad de un ‘dominio eminente’ por parte del Estado, sin que dicha noción corresponda o pueda confundirse con la de propiedad. (subrayado fuera del texto)

“Igual criterio puede adoptarse en relación con el patrimonio histórico o cultural de la Nación colombiana a cuyo goce tiene derecho la colectividad y que, por tratarse de un derecho general que hace parte del patrimonio de la comunidad, puede ser susceptible de protección mediante las acciones populares, sin que necesariamente, respecto de los mismos, pueda consolidarse propiedad alguna por parte del Estado o de sus diversas entidades.”

³¹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 31 de mayo de 2002. Rad. 1999-9001 (AP-300), actor: Contraloría General de la República, Consejera Ponente: Ligia López Díaz.

³² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2007. Rad. AP 2004-00413, actor: José Omar Cortés Quijano, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

En síntesis, este concepto de patrimonio, abarca todos los bienes materiales e inmateriales³³ que se encuentran en cabeza del Estado como su titular (bienes de uso público, bienes fiscales y el conjunto de derechos y obligaciones que contraiga) y aquellas que lo constituyen (es decir todo aquello que se entiende incluido en la definición de Estado como territorio).

Ahora bien, la consagración del patrimonio público como derecho colectivo, tiene por objeto indiscutible, su protección³⁴, lo que implica una doble finalidad: la primera, el mantenimiento de la integridad de su contenido, es decir prevenir y combatir su detrimento; y la segunda, que sus elementos sean eficiente y responsablemente administrados; todo ello, obviamente, conforme lo dispone la normatividad respectiva. Cualquier incumplimiento de estas dos finalidades, implica la potencial exigencia de la efectividad de tal derecho colectivo por parte de cualquier miembro de la colectividad.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

1. Procedencia de la acción popular en el caso concreto

Las acciones populares se han instituido para la protección de los derechos e intereses colectivos³⁵ y, en tal virtud, han sido provistas, para el estudio y decisión final de los derechos sustanciales, de procedimientos³⁶ más veloces que los de la vía ordinaria, así como también de trámite preferencial cuando se trata de pretensiones preventivas³⁷. Esto último ha provocado que en muchos casos los demandantes formulen acciones populares en lugar de acciones contenciosas administrativas, e incluso que respecto de una misma situación se invoque la protección por las dos vías.

³³ Artículo 653 del Código Civil. *Los bienes consisten en cosas corporales e incorporales. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa un libro. Incorporales, las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas.*

³⁴ De allí su consagración expresa en el literal e) y f) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, como derecho a la “defensa del patrimonio público” y “defensa del patrimonio cultural de la Nación”.

³⁵ Ley 472 de 1998, “Art. 2º - Acciones populares. Son los medios procesales para lo protección de los derechos e intereses colectivos.

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

³⁶ Título II de la ley 472 de 1998

³⁷ Ley 472 de 1998, “Art. 6º - Trámite preferencial. Las acciones populares preventivas se tramitarán con preferencia a las demás que conozca el juez competente, excepto el recurso de habeas corpus, la acción de tutela y la acción de cumplimiento.”

En tal escenario, se ha presentado la inquietud acerca de si pueden coexistir respecto de unos mismos hechos una acción popular y una acción ordinaria. La Sala se ha pronunciado al respecto para reconocer que las acciones populares y las acciones de nulidad³⁸, así como aquellas y las acciones contractuales³⁹, se pueden adelantar simultáneamente, y en tal sentido, han sido tomadas decisiones que han permitido a los jueces populares, como una forma de proteger los derechos colectivos, suspender el efecto de los actos administrativos y de los contratos demandados, hasta cuando se produzca la decisión final en el proceso ordinario correspondiente.

De acuerdo con lo anterior, el juez popular no está atado de manos por la simple existencia de un proceso ordinario que esté relacionado con hechos idénticos o similares a los que él está conociendo, y mal hace si se abstiene de pronunciarse sobre el asunto con base en tal argumento.

Cosa diferente es la que se presenta si dentro del proceso popular se evidencia que no existe un derecho colectivo involucrado, sino que el actor está pretendiendo utilizar una vía más expedita que la ordinaria para obtener la solución al conflicto subjetivo que ha surgido respecto del contrato estatal correspondiente. En este evento, la Sala considera que la acción popular no se puede convertir en una herramienta para que los intereses particulares reciban protección por un camino que no ha sido creado para esa finalidad, y ante tal escenario deberá ser declarada la improcedencia de la acción.

En observancia de lo dicho hasta el momento, la Sala concluye que cuando exista un interés colectivo involucrado con el acto o contrato del Estado, aun cuando haya una acción ordinaria en curso, la acción popular será procedente para analizar el asunto y, si hay lugar, para tomar las medidas judiciales que brinden el amparo respectivo.

³⁸ Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá D. C., dieciséis (16) de abril de dos mil siete (2007), Radicación: 0700123310002005 (AP-00008) 01, Actor: Juan Manuel Garcés Castañeda, Demandado: Departamento de Arauca, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá D. C., veintiuno (21) de febrero de dos mil siete (2007), Radicación: 25000-23-25-000-2005-00355-01, Actor: Mauricio Rodríguez Echeverry, Demandado: Ministerio de la Protección Social y Otros, C.P. Enrique Gil Botero

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 5 de octubre de dos mil cinco (2.005), Radicación: 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01, Actor: Procuraduría General De La Nación, Demandado: Amadeo Tamayo Morón, Consejero Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra

En el caso concreto, el *a quo* denegó las pretensiones de la demanda por considerar que la acción popular era improcedente. Sostuvo que la existencia del proceso contractual, radicado 2002-1443, propuesto ante el mismo Tribunal Administrativo de Norte de Santander por parte de la Empresa de Servicios Públicos de Ocaña E.S.P. en contra del Municipio de Ocaña, en el cual se solicitaba la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 566, 714 y 1394, hacía inviable la acción popular. Afirmó:

“Y son precisamente estas Resoluciones (566, 714 y 1394) las que pretende el accionante se hagan valer mediante la presente acción popular, y en forma consecuente se ordene el reintegro de unos recursos que en su sentir pertenecen al Municipio de Ocaña.

Tal situación fáctica debidamente probada, pone en conocimiento de esta corporación, que con anterioridad a la presentación de la demanda popular ya existía un proceso ordinario contractual. Estas circunstancias evidencian, para el juez de la acción popular, que no puede entrar al análisis de si existe o no vulneración del derecho a la moralidad administrativo, porque tal análisis previamente ha sido asumido en juicio ordinario contractual; y que si el accionante estaba interesado en discutir lo mismo, debió actuar a través de las figuras jurídicas de la impugnación o coadyuvancia de la demanda según sus intereses. Por lo tanto, al existir un proceso contractual por los mismos hechos con idéntico objeto y cuya existencia era conocida por el accionante se torna la acción popular en improcedente.” (Subrayado fuera de texto)

La Sala considera que lo dicho por el tribunal en el sentido que el proceso ordinario contractual y el popular tienen “*idéntico objeto*” dista mucho de ser cierto; en concreto, entre uno y otro proceso se pueden advertir fácilmente las siguientes diferencias:

Proceso/Diferencia	Contractual	Popular
Partes	Demandante: ESPO Demandado: Municipio de Ocaña	Demandante: Henry Pacheco Casadiego Demandados: ESPO, Municipio de Ocaña
Pretensiones	Declaratoria de nulidad de las resoluciones 566, 714 y 1394 de 2001, que terminaron los contratos de arrendamiento entre ESPO y Ocaña para la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado	Protección de los derechos colectivos mediante el reintegro al Municipio de Ocaña de las utilidades obtenidas por ESPO gracias al usufructo ilegal de los bienes del municipio en la prestación del servicio de acueducto, alcantarillado y aseo. (con tal propósito se pide dar

		aplicación a las resoluciones 566, 714 y 1394 de 2001)
Medidas Cautelares	Suspensión provisional de las resoluciones demandadas	Embargo de los dineros depositados en las cuentas bancarias de ESPO; embargo de los dineros que recaude ESPO
Derechos protegidos	Derecho subjetivos de ESPO para evitar los perjuicios que le generan las resoluciones demandadas al terminar los contratos	Derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público para evitar el detrimento de este último

Se puede observar que las diferencias en cuanto a partes, pretensiones, medidas cautelares, derechos protegidos, hacen que sea imposible decir que el proceso ordinario contractual y el popular tienen “*idéntico objeto*”, de forma tal que también resulta imposible declarar la improcedencia de la acción popular argumentando como razón para ello la preexistencia de la acción ordinaria contractual. En efecto, en el proceso contractual ESPO y el Municipio de Ocaña son contraparte, defienden intereses subjetivos diferentes, uno demanda la nulidad de las resoluciones y el otro debe defender la validez de las mismas (aun cuando en el expediente no obra prueba de esto último); mientras que en el *sub judice* se puede evidenciar que los demandados, ESPO y Municipio de Ocaña actúan bajo una misma voz, al punto que los representa un mismo apoderado judicial, defendiendo la prestación actual de los servicios de acueducto y alcantarillado por parte de ESPO.

De conformidad con la exposición anterior, la Sala considera que los intereses que se quieren proteger mediante la acción popular, no son los mismos que se están discutiendo en el marco de la acción contractual que se inició con anterioridad, razón por la cual se aparta de la decisión del *a quo* sobre el particular.

2. Principales fundamentos jurídicos del actor popular

El actor popular afirmó que ESPO y el Municipio de Ocaña estaban vulnerando los derechos colectivos demandados, debido al “... *usufructo ilegal de la (sic) toda (sic) inestimable e invaluable la (sic) infraestructura de propiedad de la entidad*

*territorial utilizada por esta empresa privada, en la prestación del servicio de suministro de agua potable, de acueducto y alcantarillado”.*⁴⁰

Como fundamento de lo anterior, señaló que:

- El contrato número 5 del 13 de octubre de 1994, celebrado entre el Municipio de Ocaña y ESPO, con una duración de cinco años, para el arrendamiento de los bienes afectados a la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, renovado por igual término mediante documento suscrito el 16 de octubre de 1999, fue terminado unilateralmente mediante la resolución número 566 del 14 de junio de 2001 del Municipio de Ocaña;
- el contrato número 6 del 13 de octubre de 1994, celebrado entre el Municipio de Ocaña y ESPO, con una duración de cinco años, para el arrendamiento de los bienes afectados a la prestación del servicio público de aseo urbano, renovado por igual término mediante documento suscrito el 16 de octubre de 1999, fue terminado unilateralmente mediante la resolución número 714 del 13 de julio de 2001 del Municipio de Ocaña;
- el Municipio de Ocaña, mediante la resolución número 1394 del 19 de noviembre de 2001, confirmó lo dispuesto en las resoluciones mencionadas, como respuesta a los recursos presentados en la vía gubernativa en contra de las mismas;
- las resoluciones referidas “se encuentran en firme, es decir, que gozan de estabilidad, y están cobijados por la presunción de legalidad, además de presentar fuerza ejecutoria y efectividad ejecutiva ... A pesar de lo anterior, la actual administración, no ha adoptado las medidas para retomar sus propios bienes y cumplir y hacer cumplir sus propios actos...”⁴¹ (Subrayado fuera de texto)
- “En efecto salta a la vista la manera irregular como ... ESPO, S.A., viene administrando y usufructuando valiosísimos bienes públicos sin que exista

⁴⁰ Folios 3 – 20, Cuaderno 1

⁴¹ Folios 3 – 20, Cuaderno 1

título legal alguno que los ampare, pues como se sabe, el municipio rompió toda relación contractual con la empresa al declarar la terminación unilateral de los contratos 005 y 006 de 1994 mediante las Resoluciones 566 y 714 de 2001, respectivamente, las cuales, se repite, gozan de plena estabilidad jurídica.”⁴² (Subrayado fuera de texto)

Se puede observar claramente que la base jurídica para imputar a los demandados la vulneración de los derechos colectivos consiste en que los actos administrativos señalados (566, 714 y 1394 de 2001) terminaron los contratos (005 y 006 de 1994), y que, no obstante, el Municipio de Ocaña no ha reasumido el control de los bienes entregados en arrendamiento, ni ha prestado los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, sino que ESPO ha continuado prestándolos sin que haya un contrato que lo legitime para ello; tal situación permitió a esta última obtener utilidades netas por valor de \$1.763.547.139,80 correspondientes al período comprendido entre el 5 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2003 y utilidades netas de los períodos siguientes (cuyos valores se desconocían al momento de presentar la demanda), respecto de las cuales se está pidiendo el “reintegro” a favor del Municipio de Ocaña.

3. Valor probatorio de los documentos aportados para acreditar la existencia y contenido de las resoluciones y contratos

De conformidad con lo anterior, procederá la Sala a determinar el valor probatorio de los documentos que dan cuenta de la existencia y contenido de los actos y contratos sobre los cuales se fundamenta la presente acción popular. Para tal efecto, se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil por disposición expresa del artículo 29 de la ley 472 de 1998⁴³, y por remisión del artículo 44 de la misma ley al Código Contencioso Administrativo⁴⁴, el cual, a su vez, en el artículo 168⁴⁵ encarga la regulación del asunto al Código de Procedimiento Civil.

⁴² Folios 3 – 20, Cuaderno 1

⁴³ “Clases y medios de prueba. Para estas acciones son procedentes los medios de prueba establecidos en el Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de los que respecto de ellos se disponga en la presente ley.”

⁴⁴ “Aspectos no regulados. En los procesos por acciones populares se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y del Código Contencioso Administrativo dependiendo de la jurisdicción que le corresponda, en los aspectos no regulados en la presente ley, mientras no se opongan a la naturaleza y la finalidad de tales acciones.”

⁴⁵ “Pruebas admisibles. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de esta código, las del Procedimiento Civil

Para el análisis correspondiente se debe recordar que quien los aportó al proceso fue el acto popular.

Entre otros documentos, se encuentran en el expediente:

- Resolución número 566 del 14 de junio de 2001, la cual obra en fotocopia con un sello donde se lee: *“Que la presente fotocopia es fiel y exacta reproducción del original que he tenido a la vista”*, y se observa sobre el mismo una rúbrica cuyo autor no se menciona en el documento⁴⁶;
- Resolución número 714 del 13 de julio de 2001, la cual obra en fotocopia con un sello donde se lee: *“Que la presente fotocopia es fiel y exacta reproducción del original que he tenido a la vista”*, y se observa sobre el mismo una rúbrica cuyo autor no se menciona en el documento⁴⁷;
- Resolución número 1394 del 19 de noviembre de 2001, la cual obra en fotocopia con un sello donde se lee: *“Que la presente fotocopia es fiel y exacta reproducción del original que he tenido a la vista”*, y se observa sobre el mismo una rúbrica cuyo autor no se menciona en el documento⁴⁸;
- Contrato del 13 de octubre de 1994 (denominado en otros documentos “contrato número 5”), celebrado entre el Municipio de Ocaña y ESPO, el cual obra en fotocopia simple⁴⁹;
- Contrato número 6 del 13 de octubre de 1994, celebrado entre el Municipio de Ocaña y ESPO, el cual obra en fotocopia simple⁵⁰
- Acta de renovación de los contratos número 5 y número 6, por igual término al originalmente pactado (5 años), de fecha 16 de octubre de 1999, suscrita por el Municipio de Ocaña y ESPO, que obra en fotocopia simple⁵¹;

en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.”

⁴⁶ Folios 23 – 26, Cuaderno 1

⁴⁷ Folios 42 – 46, Cuaderno 1

⁴⁸ Folios 66 – 78, Cuaderno 1

⁴⁹ Folios 85 – 87, Cuaderno 1

⁵⁰ Folios 88 – 90, Cuaderno 1

⁵¹ Folio 107, Cuaderno 1

- Acta de renovación de los contratos número 5 y número 6, por igual término al originalmente pactado (5 años), de fecha 3 de mayo de 2000, suscrita por el Municipio de Ocaña y ESPO, que obra en fotocopia simple⁵² y, lo que es lo mismo, en fotocopia autenticada de una copia simple⁵³

Los documentos referidos, de acuerdo con el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, corresponden a la calificación de documentos públicos, debido a que fueron otorgados por un funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención.

No obstante, habida cuenta de que los documentos no fueron aportados en original⁵⁴, tendrá que estudiarse su valor probatorio de conformidad con el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el Decreto 2282 de 1989, artículo 1º, numeral 117), que a la letra dice:

“Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:

- 1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.*
- 2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.*
- 3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa.”*

La Sala considera que los documentos aportados al proceso para acreditar la existencia y el contenido de los actos administrativos (resoluciones 566, 714 y 1394 de 2001) no cumplen con lo ordenado por las normas para su valoración probatoria. Al respecto, se puede advertir que la leyenda que obra sobre las fotocopias respectivas (*“Que la presente fotocopia es fiel y exacta reproducción del original que he tenido a la vista”*), acompañada de una rúbrica, y que hace las veces de autenticación, no identifica en parte alguna al funcionario que hizo la labor correspondiente.

⁵² Folios 110 – 111, Cuaderno 1

⁵³ Folios 54 y 55, Cuaderno 2

⁵⁴ Código de Procedimiento Civil, artículo 253 (Modificado Decreto 2282 de 1989, artículo 1, numeral 116) *“Aportación de documentos. Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento.”*

A pesar de ello, en una labor de interpretación de las pruebas en conjunto, como lo ordena el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil⁵⁵, la Sala ha advertido que el actor popular solicitó al Personero Municipal de Ocaña, Yebrail Haddad Linero expedir “... copia auténtica de todos los archivos (analógicos y magnéticos) ... sobre la relación jurídica suscitada entre el municipio de Ocaña y la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Ocaña (ESPO S.A.) con ocasión del finiquitado “CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ... La petición tiene el propósito de constituir una prueba con fines judiciales...”⁵⁶. De lo anterior se puede inferir que las fotocopias de las resoluciones tienen el sello y la rúbrica del Personero Municipal a quien se hizo la solicitud, de suerte que tal funcionario estaría “autenticando” documentos que emanaron de terceros, específicamente, las resoluciones expedidas por el Alcalde del Municipio de Ocaña.

No obstante el esfuerzo interpretativo para identificar al funcionario “autenticador”, la Sala considera que tales documentos no tienen el valor probatorio que ordena el artículo 254 antes anotado, en tanto que el Personero Municipal no tiene competencia legal para dar autenticidad a las copias de las resoluciones. La Ley 136 de 1994 prescribe cuál es la naturaleza de su cargo⁵⁷ y cuáles las funciones correspondientes⁵⁸, de lo que se concluye que en ninguna parte se ha asignado a

⁵⁵ “Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”

⁵⁶ Folios 218 – 220, Cuaderno 1

⁵⁷ “Artículo 169. Naturaleza del cargo: Corresponde al personero municipal o distrital en cumplimiento de sus funciones de Ministerio Público la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta de quienes desempeñan funciones públicas.

⁵⁸ “Artículo 178. Funciones: El Personero ejercerá en el municipio, bajo la dirección suprema del Procurador General de la Nación, las funciones de Ministerio Público, además de las que determinen la Constitución, la Ley, los Acuerdos y las siguientes: 1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las ordenanzas, las decisiones judiciales y los actos administrativos...2. Defender los intereses de la sociedad. 3. Vigilar el ejercicio eficiente y diligente de las funciones administrativas municipales. 4. Ejercer vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas municipales...5. Intervenir eventualmente y por delegación del Procurador General de la Nación en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas...6. Intervenir en los procesos civiles y penales...7. Intervenir en los procesos de policía...8. Velar por la efectividad del derecho de petición con arreglo a la ley. 9. Rendir anualmente informe de su gestión al Concejo. 10. Exigir a los funcionarios públicos municipales la información necesaria y oportuna para el cumplimiento de sus funciones...11. Presentar al Concejo proyectos de acuerdo sobre materia de su competencia. 12. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia. 13. Defender el patrimonio público...14. Interponer la acción popular...15. Divulgar los derechos humanos...16. Cooperar en el desarrollo de las políticas y orientaciones propuestas por el Defensor del Pueblo en el territorio municipal. 17. Interponer por delegación del Defensor del Pueblo las acciones de tutela...18. Defender los intereses colectivos...19. Velar porque se dé adecuado cumplimiento en el municipio a la participación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales...20. Apoyar y colaborar en forma diligente con las funciones que

tales funcionarios la posibilidad de autenticar copias de documentos públicos emanados de terceros.

En el numeral 2 del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil se reconoce el mismo valor probatorio de los documentos originales a las copias que hayan sido autenticadas por notario, cuestión que resulta evidente a la luz de las atribuciones que la ley ha dado a la institución del notariado en Colombia⁵⁹ como titular de la fe pública o notarial, pero no así, como antes lo decíamos, en relación con los documentos “autenticados” por las personerías. En el numeral 1 de la norma se reconoce el mismo valor probatorio de los documentos originales a las copias *“Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.”*; este numeral tampoco puede ser aplicado al caso, especialmente, porque no hubo una orden judicial previa y, adicionalmente, porque es muy poco probable que los documentos públicos originales de las resoluciones dictadas por el Alcalde Municipal reposaran en la personería municipal. Tampoco se puede aplicar el numeral 3 debido a que no hubo inspección judicial en el curso de la cual se compulsaran copias del original o de copia autenticada de las resoluciones.

En vista de lo anterior, con fundamento en las disposiciones legales, la Sala considera que no se probó la existencia y contenido de las resoluciones que constituyen la base de la argumentación del actor popular para la defensa de los derechos colectivos.

ejerce la Dirección Nacional de Atención y Trámite de Quejas. 21. Vigilar la distribución de recursos provenientes de las transferencias de los ingresos corrientes de la Nación al municipio o distrito y la puntual y exacta recaudación e inversión de las rentas municipales... 22. Promover la creación y funcionamiento de las veedurías ciudadanas y comunitarias. 23. Todas las demás que le sean delegadas por el Procurador General de la Nación y por el Defensor del Pueblo. (Subrayado fuera de texto)

⁵⁹ Decreto 960 de 1970, artículo 3 *“Compete a los notarios: (...) 4. Dar fe de la correspondencia o identidad que exista entre un documento que tenga a la vista y su copia mecánica o literal.”*; Ley 29 de 1973, artículo 1 *“El notariado es un servicio público que se presta por los notarios e implica el ejercicio de la fe notarial. La fe pública o notarial otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el notario y a lo que éste expresa respecto de los hechos percibidos por él en el ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la ley establece”*; Decreto 2148 de 1983, artículo 1 *“El notariado es un servicio público e implica el ejercicio de la fe notarial. La fe pública o notarial otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el notariado y a lo expreso por éste respecto de los hechos percibidos en el ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la ley establece.”*

Respecto de los contratos y de las actas de renovación correspondientes, los cuales tienen la condición de documentos públicos habida cuenta de la participación de un funcionario público en ejercicio de su cargo en la creación de los mismos, se puede notar que fueron aportados en copias simples, y en fotocopia autenticada de una copia simple, razón por la cual se concluye que no se acreditó la existencia y contenido de los contratos, en concordancia con lo prescrito por los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil.

De conformidad con el artículo 30 de la ley 472 de 1998⁶⁰, que recoge para las acciones populares la regla general que en materia probatoria comprende el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil⁶¹, y en materia civil el artículo 1757 del Código Civil⁶², la carga de la prueba corresponde al demandante, en este caso al actor popular, lo cual, sumado a la existencia de un incentivo económico a su favor (artículos 39⁶³ y 40⁶⁴ de la ley 472 de 1998), le impone la obligación de aportar al proceso todas las pruebas pertinentes y conducentes para el éxito de la acción.

Si bien es cierto que en el mencionado artículo 30 se afirma que el juez deberá impartir las órdenes necesarias para allegar algunas pruebas al proceso, esta disposición está limitada a los eventos en los cuales por razones de orden económico o técnico el actor popular no pueda cumplir con la carga de la prueba, de suerte que frente a las otras pruebas impera el principio dispositivo aludido anteriormente, en virtud del cual corresponde al demandante aportar los elementos probatorios.

⁶⁰ *“Carga de la prueba. La carga de la prueba corresponderá al demandante. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico dicha prueba no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella.*

En el evento de no existir la posibilidad de allegar la prueba respectiva, en virtud de lo establecido en el inciso anterior, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al fondo para la defensa de los derechos colectivos.”

⁶¹ *“Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”*

⁶² *“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.”*

⁶³ *“Incentivos. El demandante en una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales. (...)”*

⁶⁴ *“Incentivo económico en acciones populares sobre moral administrativa. En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular.”*

En el presente caso, el demandante omitió la carga de aportar las pruebas sobre los actos administrativos y contratos que constituían la materia principal del proceso, los cuales no entrañaban desde el punto de vista técnico, ni desde el económico, en los términos del artículo 30 referido, una carga que el demandante no pudiera asumir, de modo que resultara exigible a la autoridad judicial ordenar las pruebas de oficio. En efecto, el actor popular habría podido pedir al *a quo* que se ordenara a los demandados llevar al proceso copias auténticas de los documentos mencionados, de la misma forma que lo hizo al solicitar en la demanda que se ordenara a ESPO el envío de “...copia auténtica de los estados financieros de la entidad entre el 5 de enero de 2002 a la fecha...”⁶⁵, pero no lo hizo.

En consecuencia, la ausencia en el expediente de los actos administrativos y contratos referidos hace necesario que se denieguen las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, de fecha 30 de marzo de 2006, en el sentido de denegar las pretensiones de la demanda, pero con base en los argumentos comprendidos en la parte considerativa de la presente sentencia.

SEGUNDA: ENVÍESE copia de la sentencia al registro público de acciones populares y de grupo que tiene a su cargo la Defensoría del Pueblo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

Presidente

(...)

⁶⁵ Folio 19, Cuaderno 1

RUTH STELLA CORREA PALACIO MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

ACLARACION DE VOTO DEL DR. ENRIQUE GIL BOTERO

ACCION POPULAR - Procedencia. Bloque de constitucionalidad / ACCION POPULAR - Alcance. Bloque de constitucionalidad / ACCION POPULAR - Autonomía / ACCION POPULAR - Límite legal. Improcedencia / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Diferente a desviación de poder / DESVIACION DE PODER - Diferente a moralidad administrativa

La acción popular, a diferencia de las acciones legales, es un instrumento de rango constitucional, establecido para la protección de los derechos e intereses colectivos de los cuales es titular la comunidad o, en general, la población, circunstancia por la que, en modo alguno, su procedencia puede hacerse depender del marco legal; a contrario sensu, su origen y fundamento se halla de manera directa en el texto constitucional, en el bloque de constitucionalidad, y en la multiplicidad de tratados internacionales que protegen los derechos humanos en sus diversas generaciones. La autonomía es la que permite afirmar, sin anfibología, que el marco legal, en modo alguno puede servir de cortapisa para establecer el contenido y alcance de las acciones constitucionales y, de manera concreta, de los derechos o intereses que con su ejercicio se pretenden amparar o proteger. En consecuencia, considero que es un error el pretender equiparar la inmoralidad administrativa a la desviación de poder, entendida esta última como causal de anulación del artículo 84 del C.C.A., toda vez que la primera desborda el marco jurídico, para abordar el campo de un principio - derecho que quiere ser protegido por el Constituyente y por el legislador, motivo por el cual se dotó al juez de una herramienta para que hiciera efectiva la protección a la moralidad. Desde la anterior perspectiva, me aparto de las consideraciones efectuadas en la providencia de la referencia, en tanto parecen indicar la necesidad de circunscribir el análisis de la moralidad administrativa a los planteamientos del ordenamiento legal, sin percatarse de que precisamente, el concepto de "moralidad" desborda los límites jurídicos, para adentrarse en el campo ético, esto es, de la valoración de lo "correcto" y de lo "razonable". El juez en el Estado Social de Derecho moderno, tiende más a nutrirse de la idea del derecho como integridad, en donde a partir del reconocimiento de toda esa gama de normas de diversa jerarquía, debe desentrañar el valor intrínseco institucional con el que deben ser llenados los vacíos o las lagunas que dejan abiertas las reglas de textura abierta. Así las cosas, la razón por la cual se dice recoger el criterio contenido en la sentencia AP 2004-009, es que mediante ese entendimiento se estaría otorgando al juez una carta abierta para que volcara en las providencias su concepción moral, ética, política, familiar, psicológica y, en general, todo el ámbito de su propia existencia, como si con tal entendimiento se pretendiera implementar un esquema basado en los conceptos trazados por el realismo jurídico norteamericano y los estudios críticos del derecho (CLS). Nada más alejado de la realidad, el señalar que con

los criterios que dice “precisar” la Sala, porque aquellos hayan desbordado el marco jurídico trazado por el ordenamiento jurídico. Por el contrario, es necesario acudir a la serie de planteamientos que sobre el particular fueron fijados, en su momento, en la sentencia AP 2004-009, por cuanto el concepto de ética objetiva u objetivada sirve como paradigma para que el juez pueda establecer si frente a determinado supuesto fáctico se vulneró o no la moralidad administrativa, máxime si esta última reviste una doble connotación jurídica, tanto como principio de la función administrativa, como derecho constitucional de rango colectivo. Nota de Relatoría: Ver REITERACION en la Aclaración de voto de 14 de julio de 2008, exp. AP 2003-00618

MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Concepto / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Legalidad . No es un límite

En mi criterio, el concepto de moralidad administrativa debe desbordar los marcos que le han sido impuestos como limitante, para dar lugar a una interpretación que, sin caer en la arbitrariedad, ilegalidad o abuso de poder, permita al juez aplicar los principios y valores constitucionales a partir de un contenido ético y moral objetivos que se encuentran en la sociedad y tienen su justificación en el mismo ordenamiento jurídico, en la experiencia de lo razonable, en la ética colectiva y, principalmente, en el sentido común, sin que el juez se limite a estructuras única y exclusivamente legales o jurídicas para dar sentido al principio - derecho colectivo bajo análisis. Bajo las anteriores precisiones, dejo sentada mi posición en cuanto concierne a la forma como se abordó el tema de moralidad administrativa como derecho colectivo, por cuanto considero que algunas apreciaciones avaladas por la posición mayoritaria, le restan efectividad a este importante e imprescindible principio y derecho colectivo, y limitan el acceso efectivo y real al aparato jurisdiccional, en procura de la concreción de verdaderos parámetros de justicia material, y no simplemente formal.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Bogotá D.C., veintiuno (21) de mayo de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 54001-23-31-000-2004-01415-01(AP)

Actor: HENRY PACHECO CASADIEGO

Demandado: MUNICIPIO DE OCAÑA Y OTRO

Referencia: ACCION POPULAR

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales si bien, comparto la sentencia proferida el 21 de mayo de 2008 en el proceso de la referencia, me aparto de algunos criterios y afirmaciones contenidos en la parte motiva que constituyen el fundamento de la presente discrepancia.

1. Argumentos sobre los cuales recae la aclaración de voto

La Sala, a través de la aludida sentencia, confirmó la decisión apelada, en el sentido de denegar las pretensiones de la demanda, pero con fundamento en que no se logró la comprobación de la violación a los derechos colectivos invocados.

Ahora bien, en la providencia se hicieron una serie de afirmaciones relativas al derecho colectivo a la moralidad administrativa. Los mencionados razonamientos son:

“La relación entre la moralidad y la juricidad debe tener un espacio en esta providencia para efectos de dar un alcance más preciso a lo dicho recientemente por la Sala, a saber:

“la moral administrativa también se halla por fuera de las normas, pero dentro del comportamiento que la sociedad califica como correcto y bueno para las instituciones públicas y sus funcionarios, en relación con la administración del Estado. Esta fuente de la moral administrativa exige del juez mayor actividad judicial, pero con ayuda de la razón y el sentido común ético puede calificar los distintos comportamientos administrativos a la luz de la moral exigible de quien administra la cosa pública.”⁶⁶

“La Sala considera, con base en la Constitución Política y en las normas legales, que el sistema jurídico colombiano precisa de la consagración en los textos jurídicos de las reglas que se aplican, y

⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de agosto 2007, exp. AP 2004-009, M.P. Enrique Gil Botero.

de los valores y principios que lo inspiran, para que éstos sean vinculantes, de suerte que no puede haber una fuente jurídica sin reconocimiento o desarrollo constitucional o legal.

“(…) La moralidad administrativa entendida en los términos en que aparece en el fallo referido, como aquello que la sociedad califica como “correcto” y “bueno” para las instituciones públicas y sus funcionarios aun cuando esté por fuera de lo prescrito por la Constitución y la ley, resulta sumamente vago e impreciso como para que sea establecido en calidad de límite a las actividades de la administración.

“(…) Pero la moralidad que se protege como derecho colectivo ha de estar incorporada en una norma legal o en los valores y principios que inspiran la actuación administrativa, para que sea susceptible de protección por esta vía. No es aceptable predicar su infracción cuando quiera que se vaya en contra de lo que es “correcto” y “bueno” de conformidad con el “sentido común ético” y la “razón”, sin que se exija como condición necesaria para ello la ocurrencia de tales elementos con la vulneración de una norma legal o de un valor o principio constitucional.

“(…) Esa indeterminación abre un espacio para el libre juego de las tendencias políticas, sociales, éticas y morales del juez, quien a pesar de desempeñar una actividad judicial, como individuo, de manera consciente o inconsciente, difícilmente renunciará a lo que tales inclinaciones le sugieren en su tarea de determinar en el caso concreto, y por fuera de lo que las normas ordenan, lo que es “correcto” y “bueno”, de acuerdo con la “razón” y el “sentido común ético”.

“(…) La Sala considera que los valores, principios y las leyes son esas bases firmes a las cuales se debe recurrir siempre que se adelante un juicio sobre la amenaza o vulneración de la moralidad administrativa, para determinar el alcance de esta última en el caso concreto, pero jamás puede la subjetividad judicial buscar el título que legitima su acción en elementos extranormativos que no

resultan homogéneos, inequívocos, precisos, es decir, que no son objetivos...” (páginas 13 a 16 de la sentencia).

2. Razones y fundamentos de la aclaración

Me aparto del razonamiento transcrito, aceptado de manera mayoritaria por Sala, tal y como lo he venido haciendo de forma sistemática⁶⁷, fundamento en las siguientes consideraciones:

2.1. La acción popular, a diferencia de las acciones legales, es un instrumento de rango constitucional, establecido para la protección de los derechos e intereses colectivos de los cuales es titular la comunidad o, en general, la población, circunstancia por la que, en modo alguno, su procedencia puede hacerse depender del marco legal; *a contrario sensu*, su origen y fundamento se halla de manera directa en el texto constitucional, en el bloque de constitucionalidad, y en la multiplicidad de tratados internacionales que protegen los derechos humanos en sus diversas generaciones.

En efecto, sobre las características de la acción popular, la jurisprudencia reiterada de esta Sala ha puntualizado:

“Es una acción pública⁶⁸, esto es, como mecanismo propio de la democracia participativa⁶⁹, puede ser ejercida por “*toda persona*” y además, para afianzar un sistema de control social, se señalan

⁶⁷ Al respecto ver: Aclaración de voto de 14 de julio de 2008, exp. AP 2003-00618.

⁶⁸ Desde las discusiones que se presentaron en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente ya se ponía de presente el carácter público de la acción popular: “... se justifica que se dote a los particulares de una acción pública que sirva de instrumento para poner en movimiento al Estado en su misión, bien de dirimir los conflictos que pudieren presentarse, bien de evitar los perjuicios que el patrimonio común pueda sufrir”. (Gaceta Constitucional No. 19. Marzo 11 de 1991, Pág. 3).

⁶⁹ “Dentro del marco del Estado Social de Derecho consagrado por el constituyente de 1991, la intervención activa de los miembros de la comunidad resulta esencial en la defensa de los intereses colectivos que se puedan ver afectados por las actuaciones de las autoridades públicas o de un particular. La dimensión social del Estado de derecho, implica de suyo un papel activo de los órganos y autoridades, basado en la consideración de la persona humana y en la prevalencia del interés público y de los propósitos que busca la sociedad, pero al mismo tiempo comporta el compromiso de los ciudadanos para colaborar en la defensa de ese interés con una motivación esencialmente solidaria.” (Corte Constitucional, Sentencia C-215 de 1999).

expresamente como titulares de esta acción las organizaciones no gubernamentales, las entidades públicas de control, el Procurador General, el Defensor del Pueblo, los Personeros y los servidores públicos.

“Es una acción principal, carácter que, de una parte, la dota de autonomía e identidad propias y resulta especialmente importante en tanto no permite que el juez eluda pronunciamiento de fondo alegando la existencia de otro mecanismo de defensa judicial y, de otra parte, permite su compatibilidad con otras acciones.⁷⁰

“Tiene como finalidad única la protección de los derechos e intereses colectivos.

“La acción popular se rige por la prevalencia del derecho sustancial⁷¹ y el principio *iura novit curia*⁷².

⁷⁰ “Ni del texto del artículo 88 de la Constitución Política ni del de norma alguna de la Ley 472 se desprende que la acción popular tenga carácter subsidiario y que sólo proceda cuando no exista otra acción para ventilar judicialmente aspectos relacionados con el mismo tema. Para su procedencia basta que se pretenda la protección de un derecho colectivo vulnerado o amenazado por la acción y omisión de una autoridad pública o de un particular, independientemente de que, mediante el ejercicio de otra acción, también se puedan formular otras pretensiones y, consecuentemente, en caso de prosperidad de las mismas puedan resultar protegidos derechos colectivos.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla, Auto AP-495 del 14 de junio de 2002, Actor: Marcelino Rafael Corrales Larrarte, Demandado: Ministerio de Defensa Nacional.)

⁷¹ “Estando de por medio el ejercicio de acciones constitucionales, su inadmisión solo puede realizarse en los casos expresamente señalados en la ley, como quiera que el juez está obligado a asegurar la vigencia del principio constitucional de efectividad de los mecanismos de protección instituidos por la Constitución Política para garantizar los derechos e intereses colectivos y de acatar el mandato que el legislador instituyó en el artículo 5° de la ley 472 de 1998, conforme al cual su trámite se desarrolla con fundamento en los principios constitucionales y especialmente en los de prevalencia del derecho sustancial de modo que promovida la acción es obligación del juez impulsarla oficiosamente y producir decisión de mérito so pena de incurrir en falta disciplinaria”. (Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección primera, Consejero Ponente: Camilo Arciniégas Andrade, Auto del 14 de marzo de 2002, Actor: Dinier Sandoval Cardona, Demandado: Alcaldía municipal de Soledad).

⁷² “De acuerdo con el artículo 18 de la ley 472 de 1998, para promover una acción popular se debe presentar una demanda que cumpla, entre otros, con el requisito de indicar el derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado. Ello no significa que el juez deba negar la protección de un derecho colectivo, sin más, por el sólo hecho de que no fue señalado expresamente en la demanda. El juez no puede modificar el petitum de la demanda y los hechos que le sirvan de fundamento. Pero, si de tales hechos se deriva que hay un derecho colectivo comprometido, diferente del que se señaló expresamente, el juez, en cumplimiento de su deber de administrar justicia y procurar la vigencia de los derechos consagrados en la Constitución, deberá aplicar la ley como corresponda a lo alegado en la demanda y probado en el proceso, protegiendo el derecho colectivo que encuentre

La acción popular se puede ejercer tanto para evitar daño contingente, para hacer cesar el peligro o la amenaza a un derecho colectivo, o para hacer cesar la vulneración sobre él⁷³. No obstante lo anterior, ha de precisarse que esta acción no ha sido instituida como mecanismo de control judicial de las leyes⁷⁴, en consecuencia, cuando con fundamento en la eventual violación o amenaza a un derecho o interés colectivo se pretenda impugnar una ley o que se imparta una orden al legislador, habrá de acudir a las acciones pertinentes.⁷⁵

2.2. La mencionada autonomía es la que permite afirmar, sin anfibología, que el marco legal, en modo alguno puede servir de cortapisa para establecer el

amenazado o vulnerado. Se trata solamente de la aplicación del antiguo principio *da mihi factum dabo tibi jus*, además de que, dado que la aplicación de la ley se debe hacer conforme a los hechos expuestos, conocidos por el demandado, no se vulnera su derecho de defensa. En otros términos, resulta imperioso la aplicación del principio *iura novit curia* a los procesos de la acción popular". (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia AP-166 del 17 de junio de 2001, Actor: Manuel Jesús Bravo).

⁷³ Ley 472 de 1998, Art. 2º.

⁷⁴ Sobre el particular esta Corporación ha sostenido: "...debe indicarse que la causa *petendi* del actor se dirige a que se declare que el TLC crea un marco jurídico supranacional que desvirtúa el Estado de Derecho, modificando la Constitución; luego se solicita que se declare que adolece de objeto ilícito, para finalmente pedir que se ordene al Presidente que no lo suscriba. Subsidiariamente, solicita el actor que se ordene a los demandados incluir una cláusula en el Tratado, en virtud de la cual, siempre que haya incompatibilidad entre el Tratado y la Constitución Política de 1991 primará ésta, sin que ello implique para el país sanciones de carácter jurídico o económico.

Tales pretensiones, así plasmadas, no se dirigen a la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, como aparentemente lo presenta el actor, sino que, en realidad, constituyen el deseo de éste dirigido a que se declare la inconstitucionalidad del Tratado, lo cual implica que dicha causa *petendi* no corresponde a la de una acción popular sino a la de una acción de inconstitucionalidad, para la cual no es competente la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo". (Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia del 6 de Julio de 2.006, Referencia 250002327000 2005 01725 01 (Ap), Actor: Efraín Barbosa Rojas, Demandado: Presidencia de la República y otros).

⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2007, exp. 2004-1897, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

contenido y alcance de las acciones constitucionales y, de manera concreta, de los derechos o intereses que con su ejercicio se pretenden amparar o proteger.

En consecuencia, considero que es un error el pretender equiparar la inmoralidad administrativa a la desviación de poder, entendida esta última como causal de anulación del artículo 84 del C.C.A., toda vez que la primera desborda el marco jurídico, para abordar el campo de un principio - derecho que quiere ser protegido por el Constituyente y por el legislador, motivo por el cual se dotó al juez de una herramienta para que hiciera efectiva la protección a la moralidad.

2.3. Así las cosas, el referirse al ordenamiento jurídico, en su conjunto e integridad, como marco para la delimitación de la moralidad administrativa, no representa un aspecto novedoso de la jurisprudencia de la Sala, como quiera que, en pasada ocasión, acerca del concepto de “moralidad administrativa”, se señaló⁷⁶:

“La moralidad administrativa, entendida como concepto jurídico indeterminado - o norma en blanco- implica que, para establecer y determinar su contenido y alcance, debe ser integrada por el operador judicial, en cada caso concreto, de conformidad con las condiciones fácticas, probatorias y jurídicas que rodean la supuesta vulneración o amenaza endilgada.

“Lo anterior, como quiera que dada la *textura abierta*⁷⁷ que ostenta la misma, su interpretación debe efectuarse con base en el contenido axiológico, político e ideológico del operador judicial que esté encargado de su aplicación.

“En efecto, la moralidad administrativa, como tantas veces se ha reiterado por la jurisprudencia y la doctrina, para el caso del ordenamiento jurídico colombiano, presenta dos diferentes rangos normativos: i) como principio de la función administrativa (art. 209 C.P.)⁷⁸ y, ii) como derecho de naturaleza colectiva (art. 88 C.P.)⁷⁹.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 21 de febrero de 2007, exp. 2004-690, M.P. Enrique Gil Botero.

⁷⁷ HART, H.L.A. “El concepto del derecho”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires. Sobre este punto se puede consultar igualmente: “La responsabilidad patrimonial del Estado frente al derecho colectivo y el principio constitucional de la moralidad administrativa”, AMAYA Olaya, Uriel, IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Ed. Universidad Externado de Colombia, Pág. 804.

⁷⁸ Art. 209.- La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones...”

“(…) Así las cosas, la textura del derecho colectivo a la moralidad administrativa (art. 88 C.P.) permite que su protección no sólo pueda ser reclamada en contra de autoridades que cumplen función administrativa -a diferencia de su aplicación como principio de la función administrativa (art. 209 C.P.)-, sino en relación con cualquier autoridad o particular que ejerzan función pública y que, por consiguiente, a través de su actuar puedan llegar a amenazar o vulnerar el mismo; y, de otra parte, es pertinente resaltar la posibilidad con que cuenta cualquier persona de solicitar del juez competente una medida de protección eficiente e idónea, que consista bien en un deber de abstinencia⁸⁰, o un actuar positivo⁸¹ por parte del sujeto pasivo de la respectiva acción popular, todo con el fin de hacer cesar la amenaza o violación o, en su defecto, restituir las cosas al estado anterior a dicha circunstancia.

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

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

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

“Sobre el particular, la Corte Constitucional ha precisado:

“En su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la

⁷⁹ Art. 88.- La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad públicos, la moralidad administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

⁸⁰ Como por ejemplo, evitar la expedición de un acto administrativo o ley, o que se celebre un contrato, cuando en el respectivo procedimiento o trámite se ha desconocido el derecho a la moralidad administrativa (v.gr. Encontrar comprobado un claro evento de corrupción).

⁸¹ V.gr. Ordenar el reembolso de sumas de dinero que han salido del patrimonio público a causa de una clara vulneración del derecho colectivo bajo estudio.

gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad.”⁸²

“(…)”

Desde la anterior perspectiva, me aparto de las consideraciones efectuadas en la providencia de la referencia, en tanto parecen indicar la necesidad de circunscribir el análisis de la moralidad administrativa a los planteamientos del ordenamiento legal, sin percatarse de que precisamente, el concepto de “moralidad” desborda los límites jurídicos, para adentrarse en el campo ético, esto es, de la valoración de lo “correcto” y de lo “razonable”.

El problema, así planteado, es de perspectiva; según lo precisado en las sentencias AP 2004-690 y AP 2004-0009, de las cuales fui el Magistrado Ponente, la moralidad debe necesariamente romper los esquemas de legalidad y juricidad, como quiera que el juez de la acción popular, en la gran mayoría de casos, a efectos de establecer si en un determinado evento se trasgredió la moralidad o no, deberá valorar la eticidad o **ética objetiva**, con miras a definir si en ese contexto de tiempo, modo y lugar, los supuestos que se someten a su consideración constituyen una violación al derecho colectivo objeto de estudio.

2.4. El criterio mayoritario, por consiguiente, incurre en una paradoja argumentativa, desde el punto de vista de la teoría jurídica, toda vez que afirma que la moralidad administrativa a que hace referencia el artículo 88 de la Carta Política y el artículo 4 de la ley 472 de 1998, debe estar enmarcada por el ordenamiento jurídico, es decir, por las leyes, los principios y valores que componen el mismo.

En efecto, la pregunta que habría que plantearse es la siguiente: ¿dar contenido a un valor o principio constitucional -normas con textura abierta-, no supone por sí mismo, recurrir a conceptos meta jurídicos que, en algunos eventos, pueden encontrarse en los consensos trazados por la ética y la moral objetivas?

2.5. Así las cosas, la hermenéutica mayoritaria pareciera querer ceñirse al positivismo clásico o analítico a efectos de controlar el concepto de moralidad

³ Corte Constitucional, sentencia C-046 de 1994.

administrativa, pero desconoce que en la propia Constitución Política de 1991, se vuelcan toda una serie de principios, estándares y valores que tienen validez normativa y, en consecuencia, pueden tener aplicación a casos concretos, pero tales postulados, dada su amplitud en tanto su supuesto fáctico como jurídico, su contenido debe ser llenado a partir de criterios extranormativos como: “lo razonable”, “lo proporcional”, “lo bueno”, “lo censurable”, entre otros.

2.6. Se olvida de otra parte, la posición mayoritaria, que el orden jurídico no es autopoiético, por cuanto, a diferencia de los sistemas naturales, requiere de procesos de creación y convalidación normativa, en los cuales el sistema se nutre de otros sistemas o subsistemas naturales o sociales.

En esa perspectiva, el juez en el Estado Social de Derecho moderno, tiende más a nutrirse de la idea del derecho como integridad, en donde a partir del reconocimiento de toda esa gama de normas de diversa jerarquía, debe desentrañar el valor intrínseco institucional con el que deben ser llenados los vacíos o las lagunas que dejan abiertas las reglas de textura abierta.

Así las cosas, la razón por la cual se dice recoger el criterio contenido en la sentencia AP 2004-009, es que mediante ese entendimiento se estaría otorgando al juez una carta abierta para que volcara en las providencias su concepción moral, ética, política, familiar, psicológica y, en general, todo el ámbito de su propia existencia, como si con tal entendimiento se pretendiera implementar un esquema basado en los conceptos trazados por el *realismo jurídico norteamericano*⁸³ y los *estudios críticos del derecho* (CLS)⁸⁴.

⁸³ “Desde sus escritos y votos particulares en el Tribunal Supremo Holmes adoptó una postura sobre el derecho basada en la experiencia y en el sentido común. Defendía, contra la opinión dominante, que los jueces creaban derecho “intersticialmente” (Southern Pacific Company v. Jensen 1916) y que podían cambiar la ley en pasos “moleculares”, pero que debían restringir su juicio personal en beneficio de los criterios morales de la comunidad.” CASANOVAS, Pompeu “Introducción Capítulo III – El Realismo Jurídico Norteamericano”, en “El ámbito de lo jurídico”, ed. Crítica, Buenos Aires, p.p. 9, Pág. 239.

⁸⁴ “Trabajar en procura de un resultado, a mi parecer, hace parte esencial de la situación de un juez. No se trata de ser libre ni de estar maniatado. O, quizá mejor, se puede decir que el juez está a la vez en libertad y maniatado: libre, en tanto puede orientar su trabajo en la dirección que así lo desee, pero restringido por la pseudo - objetividad de la ley tal y como suele aplicarse, la cual el

Nada más alejado de la realidad, el señalar que con los criterios que dice “precisar” la Sala, porque aquellos hayan desbordado el marco jurídico trazado por el ordenamiento jurídico⁸⁵. Por el contrario, es necesario acudir a la serie de planteamientos que sobre el particular fueron fijados, en su momento, en la sentencia AP 2004-009, por cuanto el concepto de ética objetiva u objetivada sirve como paradigma para que el juez pueda establecer si frente a determinado supuesto fáctico se vulneró o no la moralidad administrativa, máxime si esta última reviste una doble connotación jurídica, tanto como principio de la función administrativa, como derecho constitucional de rango colectivo⁸⁶.

2.7. Se debe modificar el paradigma clásico donde el juez era el encargado de aplicar la regla de la lógica formal o aristotélica (silogismo clásico), para ahondar en las nuevas perspectivas del derecho constitucional moderno, en donde el operador judicial cumple una función de suma importancia, motivo por el cual debe ser dotado de herramientas como el principio de proporcionalidad, la ponderación, y demás mecanismos de interpretación, como quiera que, en términos del profesor Gustavo Zagrebelsky:

“Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre la ley, derechos y justicia. Es

juez podrá (o no) superar.” KENNEDY, Duncan “Libertad y Restricción en la decisión judicial: una fenomenología crítica”, Ed. Siglo del Hombre Editores, Bogotá D.C., Pág. 107.

⁸⁵ “(...) el análisis del uso de las palabras constituye un acceso privilegiado a la forma como estructuramos conceptualmente los objetos y el mundo... en ese sentido puede decirse que el mundo no es inteligible sino en y por el lenguaje, tal como lo utilizamos” BOTERO Cadavid, Juan José “Introducción – Esbozo del pensamiento de Wittgstein” en “El pensamiento de L. Wittgstein”, Universidad Nacional de Colombia, Pág. 31.

⁸⁶ “(...) el derecho constitucional no sólo tiene “textura abierta” (H.L.A. Hart) sino que adicionalmente es un derecho políticamente “dúctil”, “maleable”, “líquido”, “fluido” (G. Zagrebelsky)” LÓPEZ Medina, Diego Eduardo “Teoría Impura del Derecho”, Ed. Legis, Bogotá, Pág. 447.

más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier “señor del derecho” hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos.”⁸⁷

Desconfiar de la capacidad con que cuenta el juez para analizar y estructurar el derecho como un sistema integral, al cual se debe dotar de contenido a partir de la ponderación y aplicación adecuada de los principios y valores a que hace referencia el ordenamiento constitucional, es inadmisibile, como quiera que los jueces, en gran medida, sirven para alivianar la tensión que, en ocasiones, existe entre las demás ramas del poder y la sociedad⁸⁸.

2.8. En mi criterio, la visión de este derecho así concebido es bastante reducida, pues tiene deficiencias en la determinación de su alcance y valoración, motivo por el cual, reitero los argumentos que fueron expuestos en su momento *in extenso*, y que se encuentran contenidos en la sentencia AP 2004-009, toda vez que estoy convencido de que el ordenamiento jurídico colombiano no se agota en el concepto de legalidad y que, por el contrario, a lo largo del mismo se encuentran un sinnúmero de normas de diversa jerarquía que tienen la suficiente amplitud como para ser colmadas con criterios extra jurídicos de diversa índole.

2.9. Entonces, en mi criterio, el concepto de moralidad administrativa debe desbordar los marcos que le han sido impuestos como limitante, para dar lugar a una interpretación que, sin caer en la arbitrariedad, ilegalidad o abuso de poder, permita al juez aplicar los principios y valores constitucionales a partir de un contenido ético y moral objetivos que se encuentran en la sociedad y tienen su justificación en el mismo ordenamiento jurídico, en la experiencia de lo razonable, en la ética colectiva y, principalmente, en el sentido común⁸⁹, sin que el juez se

⁸⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo “El derecho dúctil”, Ed. Trotta, pág. 153.

⁸⁸ “*Sometimes the conservatism of judges has threatened for an interval to rob the legislation of its efficacy*” Algunas veces el conservatismo de los jueces ha amenazado por un intervalo a arrebatar a la legislación de su eficacia.” (Traducción libre). CARDOZO, Benjamin “The nature of the judicial process”, Yale University Press, 1949.

⁸⁹ “La moral, como hecho social, es cambiante; del mismo modo que es cambiante la cultura, en todas sus expresiones. Durante muchos siglos la moral ha estado orientada por la religión. Mientras la sociedad fue religiosa, las creencias, los principios religiosos guiaban el comportamiento moral de la gente. Pero a medida que la sociedad se empieza a secularizar, a partir del siglo XVI, la moral

limite a estructuras única y exclusivamente legales o jurídicas para dar sentido al principio - derecho colectivo bajo análisis⁹⁰.

2.10. Bajo las anteriores precisiones, dejo sentada mi posición en cuanto concierne a la forma como se abordó el tema de moralidad administrativa como derecho colectivo, por cuanto considero que algunas apreciaciones avaladas por la posición mayoritaria, le restan efectividad a este importante e imprescindible principio y derecho colectivo, y limitan el acceso efectivo y real al aparato jurisdiccional, en procura de la concreción de verdaderos parámetros de justicia material, y no simplemente formal⁹¹.

religiosa empieza a perder terreno. Sin embargo, no por ello la moral desaparece; lo que sucede es que se vuelve secular, civil. Comienza a orientarse por principios y valores cívicos, asumidos por la misma sociedad como propios con independencia del origen que hayan podido tener en una religión o en una filosofía.

“Esta moral cívica se basa tan sólo en la razón. El hombre de la modernidad, la sociedad de la ilustración propone una serie de principios y de normas de convivencia deducidos de la razón con el criterio único del beneficio común y el consenso. En un mundo donde se ha impuesto el pluralismo religioso y cultural, no podía ser de otro modo.

“(…) Decimos que éste es un cuadro “mínimo de” de valores. Por eso a la moral cívica se le viene denominando moral “mínima” o “de mínimos”. Frente a ellas las reglas morales religiosas [o de otro tipo] serían de “máximos”, porque sólo interesarán a quienes sigan determinada religión o moral específica. La moral cívica no niega ni rechaza los ideales máximos de perfección que pueda proponerse una religión o doctrina de cualquier índole; al contrario, los respeta y los aprecia desde los valores de la libertad y la tolerancia. Pero, a diferencia de ellas, se limita a pedir a todos los ciudadanos que observen los comportamientos mínimos sin los cuales no se podría convivir en paz. De ahí que los valores propuestos por la moral cívica sean también los valores mínimos observados por la sociedad política.” Cf. GONZÁLEZ Álvarez, Luis José y MARQUÍNEZ Argote, Germán “Valores Éticos para la Convivencia”, Ed. El Buho, 51 a 53.

⁹⁰ “Pero la complejidad de leyes y decretos, el desarrollo excesivo y a menudo terrible de párrafos, cláusulas, subcláusulas y precedentes, codificados o sin codificar, parece haber creado un terreno extremadamente fértil y apto para el desarrollo de una verdadera maraña de estupidez.” TABORI, Paul “Historia de la Estupidez Humana”, Ed. Elaleph, pág. 360.

⁹¹ “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas...” RAWLS, John “Teoría de la Justicia”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, Pág.17.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra