

ACCION POPULAR - Cosa juzgada / COSA JUZGADA - Acción popular

La Sala encuentra que el mismo actor ya había presentado en oportunidad precedente tres acciones populares por los mismos hechos, con el mismo objeto y -además- entre las mismas partes, hecho que resulta notorio para esta Corporación, que en su calidad de Juez popular ha tenido conocimiento de estas acciones. Ahora bien al hacer un cotejo entre los cuatro procesos adelantados en ejercicio de la acción popular, inclusive el que ahora se decide la Sala advierte que, en cuanto hace al contrato celebrado por el Ministerio de Defensa en 1980 para la adquisición de cuatro corbetas y dos helicópteros hay en el fondo una identidad de corpus y de causa petendi. De este parangón de los cuatro procesos populares se encuentra que, en cuanto refiere a la discusión sobre el contrato de compra de corbetas y helicópteros suscrito por el Ministerio de Defensa Nacional y las citadas compañías alemanas en 1980 el asunto ya fue resuelto por esta Corporación en fallo que hace tránsito a cosa juzgada. Si bien, hay en este último proceso un elemento adicional (el contrato suscrito con el abogado asesor externo para estudiar esta materia), al cuestionar las conclusiones a las que éste llega y la recepción de dicho criterio por el Ministerio de Defensa Nacional, se pretende reabrir el debate sobre una materia ya juzgada. Los hechos son, pues, en cuanto a este punto, idénticos, de modo que en cuanto hace a la discusión sobre el contrato de 1980 la “causa petendi” ya fue decidida por la Sección Primera de esta Corporación. Si bien, se advierten diferencias en la redacción de las pretensiones, la Sala encuentra que, con la insólita solicitud de “suspensión provisional” del concepto del asesor externo sobre el alcance del contrato celebrado en 1980, se intenta reabrir implícitamente un debate judicial ya cerrado. Además, la identidad de pretensiones debe predicarse respecto de los derechos objeto de protección, y no sobre lo que pide el actor que el juez ordene para su amparo en el fallo, tal como se explica más adelante. Pretende el actor un nuevo pronunciamiento judicial sobre los alcances de la ejecución del contrato de 1980 y su eventual incidencia en la vulneración de los derechos colectivos. No será posible emitir decisión sobre el punto, por cuanto frente al mismo se configura la excepción de cosa juzgada, la cual debe reconocerse oficiosamente por el juez en la sentencia, tal y como lo ordena el artículo 164 del CCA, aplicable a los procesos establecidos para el trámite de las acciones populares, por expresa remisión del artículo 44 de la ley 472, en consonancia con lo prescrito por el artículo 306 del C.P.C. Nota de Relatoria: Ver Sentencia de 31 de julio de 2003, Ponente: Olga Inés Navarrete, Exp. AP- 00186; sentencia de 11 de septiembre de 2.003, Exp. AP-09257, C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez; sentencia de 16 de octubre de 2003, Exp. AP- 0104 y AP- 0186 - AP-9257- AP- 104, AP- 240

COSA JUZGADA - Noción / COSA JUZGADA - Características / PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA - Cosa juzgada / ACCION POPULAR - Cosa juzgada / IDENTIDAD JURIDICA DE LAS PARTES - Acción popular. Cosa juzgada / COSA JUZGADA - Límite objetivo / COSA JUZGADA RELATIVA - Acción popular

Las sentencias judiciales hacen tránsito a cosa juzgada (res iudicata), institución conforme a la cual los fallos ejecutoriados están dotados de un triple carácter: imperatividad, coercibilidad e inmutabilidad, en orden a garantizar la seguridad jurídica ínsita a toda decisión judicial y que es el sustrato del ejercicio de la función pública jurisdiccional (art. 228 CN y art. 1 LEAJ). Se impide así que se plantee un nuevo proceso que podría comportar un grave riesgo de una decisión contradictoria (según el aforismo latino “res iudicata pro veritate habetur”: la cosa juzgada se tiene como verdad). Esta figura tiene por objeto que los asuntos ya hayan sido desatados en sede judicial no sean nuevamente sometidos al juez, y

con ello evitar la incertidumbre que se generaría si la parte vencida pudiera plantear nuevamente el asunto a la espera de una nueva decisión cuantas veces quisiera, hasta que con una decisión ulterior -por su puesto contradictoria- se lograra decidir conforme a sus intereses, todo lo cual se predica de las decisiones populares. Es por ello que el artículo 332 del CPC dispone que si se presenta al conocimiento del juzgador un nuevo proceso judicial en el que medien las tres identidades procesales: i) identidad de partes, ii) identidad de causa y iii) identidad de objeto a otro ya desatado, no es procedente reabrir el debate judicial. Por supuesto, que en estos juicios tampoco queda a la libre determinación de las partes que efectivamente concurren al proceso, como a la comunidad misma (representada por el actor popular), volver a promover un mismo litigio, cuando ya sobre este media una declaración judicial prevalida de la certeza propia de todo fallo definitivo. El juez popular también está llamado a reconocer y acatar la decisión previamente adoptada por otro fallador en la misma sede colectiva y por ello le está vedado decidir de fondo sobre una materia que ha sido objeto de cosa juzgada. En cuanto refiere al primer presupuesto de la cosa juzgada, vale decir la identidad jurídica de partes (*idem conditio personarum*), en sede popular no se exige respecto del accionante. En efecto, dado su carácter público y teniendo en consideración que su objeto es la protección de intereses cuya titularidad la ostenta toda la comunidad (art. 2, 9 y 11 de la ley 472), la decisión tiene efectos *erga omnes* y no simplemente *inter partes*, vale decir, obligatorios, generales, oponibles a todos tal y como se desprende de lo dispuesto por el artículo 35 *eiusdem* y por el inciso 3º del artículo 332 del CPC. De modo que en parte activa no existe ese límite subjetivo pues lo importante, como ha dicho la Sala, es que los responsables por la afectación al derecho colectivo invocado sean los mismos. Es por ello que para la configuración de la cosa juzgada en materia de acciones populares no se requiere que se presente identidad absoluta de las partes, pues en estos procesos el actor y los titulares del interés protegido no necesariamente coinciden. Por lo que hace al segundo presupuesto para que opere la cosa juzgada, esto es la identidad de causa de pedir (*eadem causa petendi*), también se predica del juicio popular. Tampoco en esta sede judicial es procedente volver a estudiar un asunto en el que las razones o motivos contenidos en los hechos de la demanda sean idénticos. Por fin, respecto del tercer presupuesto: que la controversia recaiga sobre el mismo objeto (identidad de objeto: "*idem corpus*") o lo que es igual que las pretensiones sean las mismas, en la acción popular consiste en la declaración que se reclama del juez popular esto es la vulneración o afectación de determinados derechos o intereses colectivos y no la orden que se pretende que adopte finalmente el juzgador. En efecto, conforme a lo prescrito por el artículo 34 de la ley 472 el juez tiene un amplio poder de configuración al momento de adoptar la parte resolutive del fallo que acoja las pretensiones, en cuanto puede contener una orden de hacer o no hacer y puede también exigir la realización de las conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que no se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones, que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante. Por lo que hace a este límite objetivo de la cosa juzgada la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido, con apoyo en lo dispuesto por la sentencia C 215 de 1999 de la Corte Constitucional, que cuando aparecen nuevas circunstancias de hecho o elementos de prueba de los cuales se advierte la existencia de una amenaza o vulneración de un derecho colectivo, la sentencia que se haya dictado en una acción popular tan solo hace transito a cosa juzgada con carácter relativo, siendo procedente el ejercicio de dicha acción frente a esa nueva realidad fáctica. Por otro lado, la Sala también ha señalado que los efectos de la cosa juzgada en el juicio popular dependen de lo decidido en la sentencia. Por manera que si el fallo accede a las pretensiones, la decisión produce efectos de cosa juzgada *erga omnes*; al paso

que si la sentencia es desestimatoria produce efectos de cosa juzgada erga omnes pero sólo en relación con la causa petendi, esto es, respecto de los hechos que dieron lugar a su interposición. Nota de Relatoría: Ver sobre IDENTIDAD DE LAS PARTES: AP-700 de 2002, Sentencia de 12 de febrero de 2004, Rad. AP-1700, Alier Eduardo Hernández Enríquez; sobre COSA JUZGADA: sentencia No. AP-1700 de 2004, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; sentencia de junio 2 de 2005, Radicación número: AP-00814, Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA; Sentencia de 9 de agosto de 2007, Rad.: AP-00007, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta; sobre COSA JUZGADA RELATIVA: Sentencia de 9 de agosto de 2007, Rad.: AP-00007, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.; sobre COSA JUZGADA RESPECTO A LA CAUSA PETENDI: Sentencia de 11 de diciembre de 2003, AP-01652, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; Sentencia AP-9257 de 2003, C.P. Alier Hernández Enríquez.

ACCION POPULAR - Sentencia. Efectos / SENTENCIA EN ACCION POPULAR - Efectos

Sobre el alcance del artículo 35 de la ley 472 de 1998, por el cual se fijan los efectos generales de la sentencias en acciones populares, esto es, su vinculación u oponibilidad a toda la comunidad y no sólo a quienes intervinieron en el proceso, en consideración a la naturaleza jurídica difusa o colectiva de los intereses en conflicto, la Corte Constitucional en reciente pronunciamiento matizó la intangibilidad de la sentencia desestimatoria y declaró su constitucionalidad condicionada. De conformidad con el pronunciamiento de exequibilidad modulada no es procedente cerrar la posibilidad de promover un nuevo juicio, cuando se niega el amparo de los intereses colectivos ante la falta de prueba. Así las cosas, el juez constitucional declaró exequible el artículo 35 de la ley 472, en el entendido de que las sentencias que resuelven los procesos de acción popular hacen tránsito a cosa juzgada respecto de las partes y del público en general, salvo cuando surjan con posterioridad a la sentencia desestimatoria, nuevas pruebas trascendentales que pudieran variar la decisión anterior. Nota de Relatoría: Ver sentencia de la CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 622 de 2007, MP Rodrigo Escobar Gil

ACCION POPULAR - Cosa juzgada. Presupuestos / COSA JUZGADA - Acción popular. Presupuestos / EXCEPCION DE COSA JUZGADA - Naturaleza / EXCEPCION DE COSA JUZGADA - Acción popular / ACCION POPULAR - Excepción de cosa juzgada

En este caso se configuran los dos presupuestos para hablar de cosa juzgada en sede popular : i) identidad de causa de pedir eadem causa petendi (el fundamento fáctico que se invoca a este respecto guarda identidad con las tres decisiones adoptadas en las acciones populares ya decididas por esta Corporación: la no liquidación de un contrato celebrado por el Ministerio en 1980 para la compra de unas corbetas) y ii) identidad de objeto idem corpus (se pretende la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público mediante una orden judicial que proteja el erario de las presuntas irregularidades al no ordenar la liquidación del contrato de 1980). Y aunque también hay identidad en cuanto hace al actor popular, esta circunstancia no es relevante -como ya se precisó- en este tipo de procesos. Lo anterior significa que la Sala entiende que como este asunto ya fue decidido, corresponde a la parte actora acatar la resolución judicial que le puso término, y sobre la cual ya no procede recurso alguno, sin que le sea permitido plantearla de nuevo. Atañe, además, al juez popular respetar y hacer respetar la fuerza obligatoria de esa sentencia y de sus efectos jurídicos, que es preciso cumplir. Lo contrario sería prohiar la

incertidumbre, la indefinición y la inseguridad jurídicas en una relación litigiosa, con grave perjuicio para el interés general, y permitir de paso la prolongación indefinida, desconociendo los efectos vinculantes de un fallo judicial y de paso deslegitimando el ejercicio de la función jurisdiccional. En el sub lite no se presentó la situación excepcional planteada por la justicia constitucional en la citada providencia C 622 de 2007, en el sentido que con posterioridad a la sentencia desestimatoria, nuevas pruebas trascendentales hubieran surgido que pudieran variar la decisión tomada por la Sección Primera de esta Corporación en este punto. En consecuencia, la Sala en este punto modificará la decisión recurrida y declarará probada la excepción de cosa juzgada, que puede ser declarada oficiosamente dado su carácter mixto toda vez que, no obstante su naturaleza perentoria, recibe el trámite propio de una excepción previa, lo que significa que puede ser propuesta por la parte demandada en su escrito de contestación y en caso de no hacerlo, podrá el fallador decretarla de oficio, en al proferir sentencia. Nota de Relatoría: Ver sobre declaración oficiosa de cosa juzgada: Sentencia de 11 de diciembre de 2003, rad. AP-01652, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

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

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

popular, en franca violación del derecho de contradicción de los accionados. Nota de Relatoría: Ver sentencia de 15 de agosto de 2007, Rad. AP-00004, C. P. Ruth Stella Correa Palacio, SV Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia de 16 de abril de 2007, Radicación número: AP-00640, C. P. Ruth Stella Correa Palacio; Sentencia de 16 de marzo de 2006, Radicación número: AP-00239C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

ACCION POPULAR - Autonomía / ACCION POPULAR - Contrato estatal / CONTRATO ESTATAL - Acción popular

A diferencia de la acción de tutela que procede sólo cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial salvo que se utilice como mecanismo transitorio (art. 86 inc. 3º y numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991) y de la acción de cumplimiento que es improcedente cuando el afectado tenga otro medio de defensa judicial o cuando la protección de los derechos pueda ser garantizada mediante la acción de tutela (art. 9 de la ley 393 de 1997), la acción popular ostenta el carácter de autónoma o principal, habida consideración de su objeto y por ello su procedencia no está subordinada a que no existan otros medios de defensa judicial. Así lo ha señalado en forma reiterada la jurisprudencia, con apoyo en lo dispuesto por la ley 472 que desarrolla el artículo 88 Constitucional. Con esta perspectiva, la jurisprudencia tiene establecida la procedencia de la acción popular cuando la conducta vulnerante del derecho o interés colectivo sea un contrato estatal, toda vez que -como ya se indicó- se trata de un instrumento procesal principal y autónomo que sin duda se constituye en instituto idóneo para la protección de los derechos e intereses colectivos, con independencia de la naturaleza de la conducta vulnerante. Por manera que la contratación estatal en tanto compromete intereses colectivos de diversa índole (moralidad, patrimonio público, entre otros) es pasible de ser estudiada en sede popular, por lo que la excepción propuesta no tiene vocación de prosperidad. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 22 de febrero de 2007, Rad. AP-01678, C. P. Ruth Stella Correa Palacio; sobre Función administrativa: auto de 16 de marzo de 2005, Radicación número 27921, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; en el mismo sentido, Sentencia de noviembre 25 de 2004, Expediente: 25560,

MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Textura abierta / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Desviación de poder / DESVIACION DE PODER - Moralidad administrativa / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Características / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Principio de legalidad

Frente a lo que se entiende por moralidad administrativa, la Sala precisó, en tesis que ha sido constantemente reiterada, que en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (Art. 1), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (Art. 209 ibidem), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, ha de considerarse como contrario a la moralidad administrativa toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder. La jurisprudencia de la Corporación ha ido precisando el concepto de moralidad administrativa, como derecho colectivo que puede ser defendido por cualquier persona, del cual se destacan estas características: "a) es un principio que debe ser concretado en

cada caso; b) al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación; c) en la práctica, la violación de este derecho colectivo implica la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza.” Igualmente ha hecho énfasis la Sala en la utilidad del principio de legalidad a la hora de determinar la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, en tanto la conclusión de su vulneración no depende del concepto personal del juez sobre lo que considera moral, sino de la justificación que la actuación cuestionada encuentre en el ordenamiento jurídico, eliminando de esa forma cualquier consideración de carácter subjetivo en la inferencia que encuentre el juez en torno ó no de ese derecho. Nota de Relatoría: Ver sentencia del 31 de octubre de 2002. Exp. No. AP-059; Exp. No. AP-166 y AP-170 de 2001; sobre Características: Sentencia del 31 de octubre de 2002, Exp. AP-059. En el mismo sentido ver sentencias AP-166 y Ap-170 de 2001; sobre PRINCIPIO DE LEGALIDAD: sentencia del 2 de junio de 2005. Exp. No. AP-720.

PRINCIPIOS ORGANIZACIONALES - Delegación / DELEGACION - Noción / DELEGACION - Autorización legal / DELEGACION - Generalidades / DELEGACION - Finalidad / PRINCIPIO DE IMPROPRORROGABILIDAD DE LA COMPETENCIA - Excepción. Delegación

La Constitución en su artículo 209, al enlistar los principios que orientan la función administrativa, previó a la “delegación”. Postulado que la jurisprudencia constitucional agrupa junto con la “descentralización” y “desconcentración” bajo el calificativo de “principios organizacionales”. El artículo 211 Constitucional, por su parte, lo trata como un mecanismo jurídico que permite el mejor cumplimiento de las funciones administrativas y el logro de los fines del Estado, al prever que la ley fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades. De suerte que si bien constitucionalmente es admitido delegar funciones, es requisito sine qua non la mediación de una ley previa que la autorice. La delegación es, entonces, un fenómeno de transferencia de funciones o competencias administrativas a personas o funcionarios para que actúen de manera independiente y definitiva, pudiendo el delegante reasumir la competencia y revocar la decisión, según lo determine la ley que permita la delegación, tal y como se indicó en la Asamblea Nacional Constituyente. Allí se precisó, además, que la titularidad de la función no se pierde por parte del delegante y que tampoco se rompe con su responsabilidad, que radica entonces en quien delega como en quien se delega. Según la jurisprudencia constitucional, la delegación tiene una doble finalidad, por una parte, busca preservar la separación de funciones y así evitar la concentración de poder como una garantía más para el normal funcionamiento del aparato estatal y, por otra, evitar que se desatienda, diluya o desdibuje la gestión a cargo de las autoridades públicas. Se trata pues de una “atenuación de la centralización” o si se quiere, de una excepción al principio de improrrogabilidad de la competencia como lo ha indicado la jurisprudencia de la sección primera de esta Corporación, por cuya virtud las autoridades administrativas están habilitadas por ley para transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores, tal y como lo establece el inciso primero del artículo 9 de la ley 489 de 1998. Al regular las condiciones que deben reunirse para que las autoridades administrativas puedan hacer uso de esta técnica de manejo administrativo de las competencias, este mismo precepto dispone que en tratándose de los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa que estas autoridades podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y

los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivos y asesor vinculados al organismo correspondiente. Nota de Rrelatoría: Ver de la CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 561 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; sobre FINALIDAD DE LA DELEGACION: CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 082 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 372 de 2002, MP Jaime Córdoba Triviño; sobre PRINCIPIO DE IMPRORROGABILIDAD DE LA COMPETENCIA: Sentencia de enero 24 de 2002, Rad. 7217 C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

FUNCION ADMINISTRATIVA - Principios. Clasificación / FUNCION ADMINISTRATIVA - Delegación / DELEGACION - Función administrativa / DELEGACION - Objeto / DELEGACION - Elementos constitutivos / DELEGACION - Presupuestos / DELEGACION - Competencia no titularidad / DELEGACION - Funciones no delegables / DELEGACION - Responsabilidad / DELEGACION - Acto contractual. Acción de repetición / ACCION DE REPETICION - Delegación. Acto contractual

Delegación que se hará con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución (que la jurisprudencia constitucional clasifica en tres grupos: i) “finalístico”: el interés general; ii) “funcionales”: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad y iii) “organizacionales”: Descentralización, delegación y desconcentración de funciones) y en la ley 489, que en su artículo 3º añade a los previstos en esa norma constitucional los siguientes que tienen fuente también en la Carta: buena fe (art. 83 CN), eficiencia, participación (art. 1 y preámbulo), responsabilidad (arts. 2, 6 y 90 CN). La delegación es, pues, un instituto que tiene por objeto racionalizar la función administrativa, y está diseñado para descongestionar los despachos públicos, sobre la base de que el mejor funcionamiento de la Administración Pública exige una división técnica del trabajo. En cuanto a los elementos constitutivos, el artículo 10 de la citada ley 489 prescribe los requisitos que debe reunir el acto administrativo motivado de delegación: i) siempre será escrito (presupuesto de forma); ii) se determinará la autoridad delegataria (presupuesto subjetivo) y iii) se señalarán las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren (presupuesto objetivo o material). De ahí que, en tratándose de este mecanismo de transferencia de atribuciones administrativas, quien realiza y revoca la delegación es la autoridad administrativa titular de la función. Por su parte, el artículo 11 de la citada ley, establece las funciones que no pueden ser materia de delegación (se da por descontado que se transfiere la competencia mas no la titularidad de la función), así: i) la expedición de reglamentos de carácter general, salvo los casos expresamente autorizados por la ley, como en el evento de las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios, conforme al artículo 68 de la ley 142 (decreto 1524 de 1994); ii) las funciones, atribuciones y potestades recibidas por el delegatario y iii) Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación. En cuanto al régimen de los actos del delegatario, el artículo 12 de la ley 489 establece que los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarán sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas. La misma norma prescribe en su inciso segundo que la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 CN, la autoridad pueda en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a lo dispuesto por el CCA. Sin embargo, el párrafo 4º del artículo 2º de la ley 678, que regula la acción de repetición, dispuso que en materia contractual

el acto de la delegación no exime de responsabilidad legal en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante, el cual podrá ser llamado a responder de conformidad con lo dispuesto en esta ley, solidariamente junto con el delegatario. Nota de Relatoría: Ver sobre DELGACION DE COMPETENCIA NO TITULARIDAD: CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 936 de 2001, MP Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia C 561 DE 1999, MP Alfredo Beltrán Sierra.

ACCION DE REPETICION - Delegación / DELEGACION - Acción de repetición / SERVIDOR PUBLICO - Principio de responsabilidad subjetiva / PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA - Servidores públicos / CONTRATACION ESTATAL - Competencia / CONTRATACION ESTATAL - Delegación / CONTRATACION ESTATAL - Desconcentración / DESCONCENTRACION - Contratación estatal. Recursos

Esta disposición (parágrafo 4º del artículo 2º de la ley 678) fue declarada exequible por la Corte Constitucional en el entendido que sólo puede ser llamado el delegante cuando haya incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones. A juicio de la Corte, no es admisible que el acto de delegación pueda constituir una “barrera de protección o inmunidad” para el delegante, pero tampoco éste puede responder siempre por las decisiones que tome el delegatario, ya que se trata de dos alternativas incompatibles con los principios que gobiernan la responsabilidad del servidor público. Ello en atención a que no es posible darle una lectura aislada y meramente literal al artículo 211 Constitucional, que protegiera automáticamente al delegante, pues con esta interpretación se dejarían de lado los principios de unidad administrativa y de titularidad de los empleos públicos, como fundamento de la competencia de las autoridades públicas. Pero tampoco es admisible el extremo opuesto según el cual el delegante responderá siempre por las actuaciones del delegatario, por cuanto se abandonaría el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos, de tal manera que inexorablemente respondan por las decisiones de otros. Asimismo en cuanto hace a la delegación en materia de contratación, el parágrafo del artículo 12 de la ley 489 en cita prescribe que el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad civil y penal al agente principal. Conviene aclarar que en consonancia con este precepto, si bien es cierto que la competencia para celebrar contratos estatales fue radicada por la ley en el jefe o representante legal de la entidad estatal (art. 11 de la ley 80 de 1993), el artículo 12 eiusdem señala que los titulares de dicha atribución podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos, así como autoriza “desconcentrar” en los servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes, para que de esta suerte participen en la gestión de la actividad contractual de la entidad estatal. En este punto, el artículo 37 del decreto 2150 de 1995 dispuso que los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para la realización de licitaciones o concursos o para la celebración de contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. Ahora, recientemente la Sala indicó que el artículo 12 de la ley 80 de 1993 sólo permite la distribución de competencias contractuales al interior de la misma persona jurídica para efectos de su ejercicio. Precisó, además, que no es posible intentar vaciar de contenido la actividad contractual a cargo del representante legal de una entidad y por lo mismo la actividad contractual no es un servicio sino un instrumento para el cumplimiento de los fines del Estado y por lo tanto no es “descentralizable”. La Ley 1150 de 2007 en su artículo 21 adicionó el artículo 12 de la ley 80 en el sentido de señalar que en ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades

estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual. Y agregó en un párrafo de la misma norma que para los efectos de contratación estatal, se entiende por “desconcentración” la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso. Nota de Relatoría: Ver de la CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 372 de 2002, MP Jaime Córdoba Triviño; sentencias C-374 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía y C-178 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell; sentencia C-374 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía; del Consejo de Estado Auto de 30 de enero de 2008, rad. 34143, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS DE APOYO A LA GESTION DE LA ENTIDAD - Presupuestos / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS DE APOYO A LA GESTION DE LA ENTIDAD - Trabajo específico / TRABAJO ESPECIFICO - Contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad

De conformidad con la norma transcrita, (inciso segundo inciso 2º del artículo 13 del decreto 2170 de 2002, reglamentario del numeral 3º del artículo 32 de la ley 80 de 1993) aplicable al caso sub lite como que estaba vigente a la época de los hechos, la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad, sólo puede tener lugar en dos eventos: i) cuando se trate de fines específicos o ii) cuando no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar. Se trata de dos hipótesis distintas las que regula la norma reglamentaria en comento: una relacionada con situaciones especiales que demanden “trabajos específicos” y otra muy distinta cuando se trate de situaciones en que la planta de personal no resulte suficiente para prestar el servicio que se contrata. En otras palabras, la Sala destaca que aún en el supuesto en que haya funcionarios de planta suficientes, la norma reglamentaria autoriza para contratar con terceros en eventos particulares que supongan un “trabajo específico”. Precepto que ha de estudiarse en concomitancia con el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 objeto de reglamentación que exige que se trate de contratos que requieran conocimientos especializados. Ahora, de conformidad con el citado artículo 13 del decreto 2170 de 2002 en estos eventos de contratación de prestación de servicios profesionales, el contrato que se suscriba debe contener como mínimo la expresa constancia de que se trate o bien de un “trabajo específico” o de que “no hay personal de planta suficiente para prestar el servicio por contratar”, según el caso. Al mismo tiempo exige que se precisen las condiciones de cumplimiento del contrato incluyendo el detalle de los resultados esperados y la transferencia de tecnología a la entidad contratante en caso de ser procedente. Nota de Relatoría: Ver sobre ESTUDIO DE LEGALIDAD DEL ARTICULO 13 DEL DECRETO 2170: Sentencia de 3 de diciembre de 2007, Rad. 24715; 25206; 25409; 24524; 27834; 25410; 26105; 28244; 31447 -acumulados-, Actores: Carlos Orlando Velásquez Murcia y otros, Demandado: Nación- Presidencia de la República y otros., Referencia: Acción de nulidad en contra del Decreto 2170 de 30 de septiembre de 2002., C.P. Ruth Stella Correa Palacio

PATRIMONIO PUBLICO - Concepto / PATRIMONIO PUBLICO - Moralidad administrativa

En cuanto al derecho colectivo al patrimonio público, este concepto no se agota en la enumeración de los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables ni en los que integran el territorio colombiano (arts. 63 y 101 C.P.), sino que “por

patrimonio público debe entenderse 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; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales”. Además, ha señalado esta Sala que aunque “pueda imaginarse un daño a la moralidad administrativa aislado de sus consecuencias..., en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, el de la libre competencia económica, el de la seguridad pública o el de la prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros”. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de la Sección Cuarta del 31 de mayo de 2002, exp: 25000-23-24-000-1999-9001-01; Sentencia, Sección Tercera, del 17 de junio de 2001, exp: Ap-166.

ACCION POPULAR - Carga de la prueba. Excepción / CARGA DE LA PRUEBA - Acción popular. Excepción / PRINCIPIO DE AUTORESPONSABILIDAD - Carga de la prueba. Acción popular

De conformidad con el artículo 30 de la Ley 472 (en perfecta consonancia con la regla general contenida en el artículo 177 del CPC), la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se asegura la vulneración de los derechos colectivos incumbe al actor -y no al accionado su no infracción, como una y otra vez lo señaló el demandante en este proceso-, regla que sólo es atenuada por el mismo precepto respecto de situaciones en las que por razones de orden económico o técnico la carga de la prueba no puede ser cumplida por el demandante, el juez debe impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito. Carga de la prueba sustentada, como también ha precisado la Sala, en el principio de autoresponsabilidad de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable. El actor popular debía acreditar que las imputaciones consignadas en su escrito de demanda comportaban amenaza o violación de los intereses colectivos invocados, sin que fuera admisible que el juez impartiera unas órdenes tendientes a suplir su inactividad en materia probatoria. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 11 de mayo de 2006, Rad. AP-00896, C. P. Ruth Stella Correa Palacio; Sentencia de abril 16 de 2007, Rad. AP-00483, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio; Sentencia de 24 de marzo de 2004, Radicación número: AP-0166, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; Sentencia de 17 de mayo de 2007, Radicación número: AP-03932, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

SUSPENSION PROVISIONAL - Concepto. Improcedencia / ACCION POPULAR - Derechos fundamentales. Improcedencia

La Sala advierte que es improcedente la pretendida “suspensión provisional del concepto” rendido por el abogado accionado, en tanto esta medida cautelar recae exclusivamente sobre actos administrativos, vale decir de las manifestaciones unilaterales de la administración y, evidentemente, un concepto de un abogado externo no lo es. Adicionalmente, no es la acción popular el escenario para ventilar discrepancias interpretativas sobre un concepto jurídico rendido por un abogado a una entidad pública, menos aún cuando la controversia ya ha sido dirimida con efectos de cosa juzgada erga omnes mediante sentencia definitiva por el juez competente. Por último, tampoco le asiste razón al actor popular cuando asevera que los derechos fundamentales “también están consagrados como acción popular (sic)”, toda vez que los derechos como la igualdad, debido proceso y

acceso a la justicia que alega como infringidos en la demanda, no son pasibles de protección en sede popular, como recientemente lo dejó en claro esta Sala. Nota de Relatoría: Ver Auto de 19 de julio de 2007, Rad. 34.59, CP Ruth Stella Correa Palacio; Sentencia de 16 de octubre de 2007, Radicación número: AP-41001-23-31-000-2004-00351-02; Sentencia de 16 de octubre de 2007, Radicación número: AP-52001-23-31-000-2005-01549-01, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 25000-23-26-000-2005-00240-01(AP)

Actor: MARCELIANO RAFAEL CORRALES LARRARTE

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y OTROS

Referencia: ACCION POPULAR -APELACION DE SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia dictada por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 3 de mayo de 2006, la cual será modificada. Mediante la sentencia apelada, se decidió negar las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda

A través de escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 17 de febrero de 2005, Marcelino Rafael Corrales Larrarte interpuso acción popular contra la Nación-Ministerio de Defensa Nacional y contra el señor Edmundo del Castillo Restrepo, con el fin de obtener la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, previstos en la ley

472 de 1.998, los que afirma vulnerados por los demandados con la celebración del contrato de prestación de servicios profesionales suscrito por los dos accionados, el 7 de junio de 2004.

Por lo anterior solicitó que se accediera a las siguientes pretensiones:

“1. Como medidas cautelares, establecidas en el art. 25 de la ley 472 de 1998, literal a), b), c), se declare la suspensión provisional (sic) del concepto emitido por el Doctor Edmundo del Castillo Restrepo el día 26 de agosto de 2004 y como consecuencia se declare la nulidad del acto administrativo No. 0035995 del 16 de noviembre de 2004, suscrito por la Secretaria General del Ministerio de Defensa Nacional María del Pilar Hurtado Afanador, previa admisión de la demanda, hasta tanto sea resuelta la acción popular de la referencia. Se ordene embargo de los haberes de los accionados, por valor de \$5.000.000,00 proporcionalmente en cuantía de \$1.250.000,00 para C/U (sic).

2. Se declare la nulidad del contrato suscrito entre el Ministerio de Defensa Nacional para la prestación de servicios especializados, de fecha 07 de junio de 2004 con el Doctor Edmundo del Castillo Restrepo por vulnerar la Constitución y la ley.

Y en consecuencia de la anterior decisión:

3. Se ordene al pago indexado de \$5.000.000,00, el descuento para cada uno de los accionados indexada y al pago de las costas del proceso, por daños causados al interés colectivo y público, a favor de la Nación-Ministerio de Defensa Nacional.”

2. Hechos

Se afirmó en la demanda que en el Ministerio de Defensa celebró un contrato de prestación de servicios con el abogado Edmundo del Castillo Restrepo el 7 de junio de 2004, con el objeto de que éste conceptuara sobre algunos aspectos de un contrato suscrito por dicha entidad en 1980 con las compañías alemanas Ferrostal AG y HDW para la construcción de cuatro corbetas y dos helicópteros.

Que el Ministro de Defensa Nacional al delegar en la Secretaria General y ésta a su vez en la Directora Administrativa la suscripción del contrato, violaron la normatividad vigente en tanto no es posible hacer *“más de una delegación pues ello está prohibido por la ley”* y por lo mismo solicitó la nulidad del mismo y de los conceptos (sic) y actos administrativos expedidos al efecto.

Que los funcionarios públicos violaron la ley de presupuesto, *“al hacer una contratación de servicios profesionales externos cuando como consta el Ministerio de Defensa tiene 72 abogados capacitados para liquidar cualquier contrato distribuidos en las diferentes áreas, los cuales son personas idóneas en las diferentes dependencias”*. Cuestiona las respuesta dadas a la petición formulada, en cuanto negó el deber de liquidar un contrato suscrito en 1980 en tanto la Secretaria General *“sin ser parte del contrato y sin estar acreditada, pues estando el contrato vigente, invade la orbita (sic) ajena e incurre en contratación indebida violando toda normatividad”*.

Que no se verificó por la Coordinación del Grupo de Talento Humano del Ministerio de Defensa Nacional si había personal suficiente y capacitado para prestar los servicios profesionales especializados para conceptuar y liquidar el contrato, en contravía de lo dispuesto por el inciso final del artículo 13 del decreto 2170 de 2002.

Mediante auto de 21 de febrero de 2005 el *a quo* inadmitió la demanda, al estimar que se señalaron como violados derechos que no tienen el carácter de colectivos y porque la acción popular no es la vía judicial adecuada para controvertir la legalidad del contrato, ni para ordenar indemnizaciones.

El actor presentó de nuevo un escrito en el que modificó la tercera pretensión, en los siguientes términos: *“3. Se ordene restituir los dineros indexados de \$5.000.000,00, el descuento para cada uno de los accionados indexada y al pago de las costas del proceso, por daños causados al interés colectivo y público, a favor de la Nación-Ministerio de Defensa Nacional, pertenecientes al erario público (sic).”*

Según proveído de fecha 14 de marzo de 2005, el *a quo* admitió la acción popular, ordenó notificar a las entidades demandadas y a la Defensoría del Pueblo y dispuso asimismo informar a la comunidad, a través de un medio de comunicación social local.

3. Oposición de los demandados

La Nación-Ministerio de Defensa Nacional contestó oportunamente la demanda y sostuvo que el actor popular *“Marceliano Corrales viene hace más de 18 años*

insistiendo en unas supuestas irregularidades dentro del contrato [celebrado para la construcción de cuatro corbetas para la Armada Nacional en 1980] en relación con imposiciones de multas y manejos de fondos” y que al efecto ha instaurado acciones de tutela, de cumplimiento y populares, todas las cuales han sido falladas negando las pretensiones. Que para interponer estas demandas ha presentado peticiones, cada uno de las cuales ha sido resuelto, pero como las respuestas no han sido positivas ha denunciado “a cada uno de los funcionarios administrativos, judiciales y de los entes de control que han conocido de sus peticiones y que no se han acogido a sus solicitudes”.

Adujo que “[t]eniendo en cuenta que, cada vez que un funcionario de la Entidad tiene que ver con los requerimientos del señor Marceliano Corrales resulta denunciado e investigado, al no encontrarse éste de acuerdo con sus actuaciones, y ante las mil veces reiteradas peticiones del señor Corrales (derecho fundamental que siempre ha alegado vulnerado en acción de tutela sin que le prospere la acción) y considerándose que es un tema especializado, ya que al señor Corrales nunca le han satisfecho los conceptos elaborados por los funcionarios de la entidad, se decidió por parte de la entidad contratar a una persona ajena a la misma, que no hubiese tenido conocimiento del tema, para que analizara las peticiones del señor Corrales relacionadas con el contrato firmado en 1980 para la construcción de las 4 corbetas de la Armada Nacional”.

Que por ello se contrató como abogado externo al experto en contratación Edmundo del Castillo y una vez éste rindió su concepto “se le dio inmediatamente respuesta por parte de la entidad a las peticiones del señor Corrales con oficio No. 3599 del 16 de noviembre de 2004”. Inconforme con dicho concepto, el hoy demandante interpuso acción de tutela la cual fue denegada en primera instancia y “a la fecha se encuentra en impugnación”.

Que por delegación del Ministro, la Secretaria General suscribió este contrato en tanto no excedía la cuantía de 5.000 salarios mínimos legales de conformidad con el artículo 3º de la Resolución 264 de 2000, de modo que no existe la doble delegación imputada por el demandante. Explicó además todo el trámite surtido para dicha contratación.

Que ese Ministerio tiene muchas dependencias y que los abogados “que hay desempeñan funciones relacionadas con su cargo, la cual por supuesto no son

liquidar contratos". Los abogados de la oficina jurídica que han participado en la elaboración de algún concepto relacionado con el contrato para la construcción de las cuatro corbetas, se encuentran a la fecha investigados por denuncias del señor Corrales. Agregó que el Ministerio nunca dijo que no existía personal experto en contratación en la entidad y que el artículo 13 del decreto 2170 de 2002 autoriza la contratación por prestación de servicios en dos situaciones: cuando se trate de fines específicos o cuando no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio. Que no existe ningún pronunciamiento judicial o de algún ente de control que señale que las compañías alemanas le adeudan algún dinero al Estado Colombiano.

Que no existió en la contratación efectuada alguna trasgresión al ordenamiento jurídico, ni actuaciones de mala fe de sus funcionarios *"todo lo contrario con la contratación del doctor Edmundo del Castillo, se buscó poner punto final a un caso que viene siendo demandado desde hace muchos años por el señor Marceliano Corrales"*. Que lo que se evidencia es un comportamiento temerario y de mala fe del actor por la carencia manifiesta de fundamento legal de la demanda, por lo que solicitó la imposición de multas al demandante.

Por su parte, el abogado Edmundo del Castillo en su defensa explicó que no fue vinculado a este proceso popular como accionado y que *"mal podría hacerlo, en la medida en que ni ha existido violación, vulneración o agravio de los derechos o intereses colectivos y si hipotéticamente hablando, el Tribunal considere que sí ha existido tal vulneración, en forma alguna es mi responsabilidad"*. Que no puede pasar por alto *"un exabrupto jurídico en el cual incurre el accionante, al solicitar la suspensión provisional de mi concepto, sin ser un acto administrativo"*.

Que ninguna de las presuntas irregularidades alegadas constituye causal de nulidad del contrato. Que la delegación en la suscripción del contrato se surtió de conformidad con la Resolución 264 de 2000 del Ministerio y que se cumplieron todos los trámites establecidos, incluida la identificación y respaldo de la necesidad de la contratación de un tercero experto en la materia.

Que es preocupante que el hecho de no compartir argumentaciones jurídicas -que por lo general, generan distintas posturas- conlleve a que se inicien este tipo de acciones que generan desgaste del aparato jurisdiccional y por ello planteó como excepción la falta de legitimación pasiva, al estimar que su conducta se limitó a

emitir un concepto que recoge sus conclusiones jurídicas y que el hecho de que existan distintas posturas sobre el fondo del tema debatido, no puede reflejarse en una violación o amenaza de intereses colectivos.

Al concluir propuso como excepción las de *“ausencia de prueba sobre el aludido daño colectivo”* y de *“caducidad y prescripción”*. Solicitó también la imposición de multas dada la temeridad y mala fe del actor, por cuanto a su juicio es evidente la carencia de fundamento legal de la demanda.

4. La audiencia de pacto de cumplimiento y alegaciones

El 18 de agosto de 2005 se celebró la audiencia especial de pacto de cumplimiento, la cual se declaró fallida ante la inasistencia del demandante. Por auto de 30 de agosto siguiente se abrió el proceso a prueba y mediante proveído de 15 de marzo de 2006 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

El actor, a más de reproducir *in extenso* su escrito de demanda, expuso que *“la parte accionada no ha podido demostrar la legalidad del contrato”*.

El abogado Edmundo del Castillo reiteró lo esgrimido en la contestación de la demanda y añadió que no hay pruebas que analizar, pues la mayor parte de las mismas fueron declaradas desistidas por el Tribunal. Que los documentos aportados por el Ministerio de Defensa acreditan que el contrato, celebrado con dicha entidad, tenía como objeto satisfacer el interés general y que se sujetó a la normatividad vigente.

La entidad accionada planteó de nuevo lo expresado en el escrito de contestación de la demanda y agregó que no existe prueba de la configuración de una causal de nulidad del contrato de prestación de servicios, ni de la vulneración a los derechos colectivos invocados.

5. La providencia impugnada

El Tribunal señaló que las excepciones propuestas *“no tienen la suficiencia e idoneidad para enervar las pretensiones de la demanda”*, porque el juez popular sí tiene competencia para estudiar la actuación desarrollada en torno al contrato de prestación de servicios celebrado y que siendo el abogado parte contratista se le

vinculó como parte pasiva en este proceso *“porque la sentencia en uno u otro sentido también lo cobijará”*.

Que en la suscripción del contrato de prestación de servicios no se aprecia la doble delegación endilgada por el actor en virtud de lo dispuesto por la Resolución 264 de 2003, mediante la cual fue delegada en la Dirección Administrativa la celebración de contratos cuya cuantía no supere los 5.000 SMLMV. Agregó que al analizar la orden de prestación de servicios No. 046 de 2004 ésta se ajustó a la ley 80 y que *“no se aprecia que con la misma se hayan vulnerado principios como el de transparencia y responsabilidad, dado que la contratación se podía efectuar directamente”*, por tratarse de un contrato de prestación de servicios de menor cuantía.

Que obran en el expediente pruebas de la solicitud efectuada por la Secretaria General a la Directora Administrativa del Ministerio para la contratación del abogado, el estudio de conveniencia y oportunidad y demás certificaciones necesarias para el efecto. Que si bien dicha entidad contaba con profesionales especializados en contratación estatal, en razón al objeto y cuantía del contrato celebrado con las compañías alemanas para la adquisición de las corbetas, aunado a los múltiples requerimientos efectuados por el hoy actor popular, decidió recurrir a un profesional externo con conocimiento y experiencia comprobada en la materia para que conceptuara sobre ese contrato *“pero previamente justificó esa decisión , como se desprende de la certificación del entonces Ministro de Defensa y de la certificación del coordinador del grupo de Desarrollo Humano del Ministerio”*. Que el actor no acreditó la configuración de ninguna causal de nulidad absoluta de la orden de servicios No. 046 de 2004, como tampoco de amenaza o vulneración de los intereses colectivos invocados.

6. Razones de la impugnación

El actor discrepó de la decisión adoptada por el *A quo*, al efecto reprodujo los argumentos expuestos a lo largo del proceso y agregó algunos nuevos que serán estudiados adelante.

7. Actuación en segunda instancia

Admitido el recurso de apelación en esta instancia, mediante auto de 11 de agosto de 2006, según proveído de 29 de septiembre siguiente se corrió traslado a las partes por el término de 10 días para que presentaran sus alegatos de conclusión.

La parte actora y la entidad accionada repitieron lo expresado en este proceso. El abogado demandado a más de insistir en los argumentos ya aducidos, indicó que el recurso *“no constituye un nuevo alegato del memorialista recurrente, sino que se limita a desarrollar los argumentos en que sustentó la acción popular, y que fueron debidamente negados por el operador judicial de primera instancia”*.

La Procuraduría General de la Nación conceptuó que debía confirmarse la sentencia impugnada. Estimó que a través de la acción popular pueden revisarse las cláusulas contractuales si de su ejecución se vislumbra que se está atentando contra derechos colectivos, pero que en este evento el actor no demostró ni siquiera mencionó en qué consistió el perjuicio que se le ocasionó a la colectividad con la suscripción del contrato de prestación de servicios.

El actor solicitó a la Magistrada conductora que se declarara impedida al tiempo que la recusó, solicitudes que fueron negadas mediante proveídos de la Ponente de 17 de agosto de 2007 y de la Sala de 9 de abril de 2008.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para responder los problemas jurídicos que se plantean, la Sala, a partir de las pretensiones formuladas, se ocupará del análisis de los siguientes temas: i) Lo demostrado; ii) Alcance de la cosa juzgada en las acciones populares; iii) Fijación del litigio en esta instancia; iv) La autonomía de la acción popular y el estudio de contratos estatales en sede popular, y v) De la definición de la existencia o no de vulneración de los derechos colectivos invocados.

1. Lo demostrado

De acuerdo con las probanzas aportadas al plenario quedó establecido:

1.1 Que mediante resolución No. 264 de 26 de marzo de 2006 el Ministro de Defensa Nacional modificó parcialmente, adicionó y aclaró la Resolución No. 128 de 15 de febrero de 2002, por la cual se delegan, asignan y coordinan funciones y competencias relacionadas con la contratación de bienes y servicios con destino al Ministerio de Defensa y sus unidades ejecutoras. Según el Capítulo V del citado acto administrativo, el Director Administrativo del Ministerio es delegatario de la suscripción de contratos cuya cuantía vaya de 0 a 5.000 SMLMV, como da cuenta copia auténtica del mismo aportada al plenario por la entidad demandada (fls. 228 a 239 c. 1).

1.2 Que mediante oficio No. 2038 de 24 de octubre de 2003, el Director de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la República, en relación con la investigación adelantada sobre la adquisición de corbetas y helicópteros, manifestó al hoy actor popular:

“En cuanto a lo manifestado por usted, en el escrito del derecho de petición del asunto, referente a faltantes de documentos en los expedientes de la mal denominada investigación No. 220, relacionada con el manejo del ‘Fondo Operacional’ y especialmente sobre el valor de DM 100.648,80, sus afirmaciones carecen de fundamento y resulta falsa la afirmación de los faltantes de documentos ya que los expedientes puestos a su disposición han sido conservados en su integridad, tal como fueron recibidos por éste (sic) Despacho; el hecho que haya sido objeto de refoiación no significa que falten documentos y mucho menos que ello no se haya dado mediante acto que así lo declare, como usted lo indica; por lo tanto inferir que se han destruido documentos no es otra cosa, que una más de las injurias y trato descortés que se ha recibido de parte suya, para con éste (sic) Despacho, lo cual no le hace bien al cumplimiento de las funciones que constitucional y legalmente se nos han asignado.” (original, fls. 80 a 82 c.1).

1.3 Que el 28 de mayo de 2004 el entonces Ministro de Defensa Nacional Jorge Alberto Uribe Echavarría, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1º del decreto 2209 de 1998, certificó la necesidad de contratar un abogado externo para que conceptuara sobre un contrato suscrito en 1980 con unas compañías alemanas para adquirir equipo bélico, según da cuenta copia auténtica de dicha certificación, remitida por la entidad accionada a instancias del *a quo* (fls. 403 y 404 c.1).

1.4 Que el 28 de mayo de 2004 el Coordinador del Grupo de Talento Humano del Ministerio de Defensa Nacional certificó la necesidad de contratar a un abogado experto en el área de contratación estatal, con el objeto de que estudiara unos aspectos puntuales del contrato suscrito con las compañías alemanas Ferrostaal

AG de Essen y Howaldtswerke Deutsche Werft Aktiengesellschaft Hamburg Und Kiel, para la construcción de las cuatro (4) corbetas misileras y el suministro de dos (2) helicópteros navales, así como repuestos de base, destinados a la Armada Nacional el 20 de junio de 1980, según da cuenta copia auténtica de la certificación allegada al plenario (fls. 406 y 407 c.1).

1.5 Que mediante Memorando No. 1840 de 28 de mayo de 2004 la Secretaria General del Ministerio de Defensa remitió a la Directora Administrativa de esa entidad, una serie de documentos “[c]on el fin que se proceda a la contratación del doctor Edmundo del Castillo Restrepo identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.388.074 como asesor para el grupo de contratación estatal (...)”, según da cuenta copia auténtica de dicho memorando remitida por esa entidad al expediente por orden del Tribunal (fl. 405 c.1).

1.6 Que la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional y el abogado Edmundo del Castillo Restrepo el 7 de junio de 2004 suscribieron la orden de servicios No. 046, según da cuenta copia auténtica aportada al plenario (fls. 23 a 26 c. 1). El valor acordado según el numeral 3º de la orden de servicios asciende a cinco millones de pesos “equivalente a 13.97 SMLMV, incluido IVA si a ello hubiere lugar”.

1.7 Que el Jefe de Presupuesto del Ministerio de Defensa , el 7 de junio de 2004 expidió el respectivo registro presupuestal por valor de cinco millones de pesos, con cargo al rubro “AC1021001410C”, según da cuenta copia auténtica de dicho documento que obra en el expediente (fls.27 a 29 c. 1).

1.8 Que el Ministerio de Defensa Nacional le explicó al hoy demandante que dicha entidad “contrató un asesor externo para que se conceptúe sobre el estado actual de la ejecución del contrato de adquisición de las corbetas misileras y los helicópteros navales celebrado entre el Gobierno de la República de Colombia y las Compañías Ferrostaal AG de Essen y Howaldtswerke Deutsche Werft Aktiengesellschaft Hamburg Und Kiel de Kiel, así como las circunstancias asociadas a los pagos que se efectuaron las partes (sic) y las correspondientes determinaciones legales que sobre los mismos deban adoptarse”, según da cuenta original del oficio No. 18262 de 27 de julio de 2004 suscrito por la Secretaria General del Ministerio, en respuesta a una petición formulada por el actor (fls. 59 a 61 c.1).

1.9 Que el 26 de agosto de 2004 el abogado Edmundo del Castillo dirigió al entonces Ministro de Defensa Nacional Jorge Alberto Uribe Echavarría un escrito en el que abordó el alcance del objeto contractual, el régimen jurídico aplicable al contrato de adquisición de bienes celebrado entre el Gobierno de Colombia y la Compañía Ferrostaal AG de Essen y Howaldtswerke Deutsche Werft Aktiengesellschaft Hamburg Und Kiel de Kiel, para posteriormente absolver los interrogantes planteados en la cláusula A del numeral 6º del contrato de prestación de servicios No. 046 de 2004, según da cuenta copia auténtica que obra a fls. 30 a 45 c. 1.

1.10 Que en respuesta a la petición formulado por el hoy demandante el 28 de enero de 2005, el Ministerio de Defensa Nacional certificó que *“en el momento cuenta con un total de 72 abogados distribuidos en las diferentes dependencias, los cuales son idóneos cada uno en el cumplimiento de sus funciones”*, según da cuenta original de dicho documento aportado por el actor en su escrito de demanda al proceso (fls.55 a 57 c.1).

1.11 Que mediante oficio 4778 de 8 de febrero de 2005 la Secretaria General del Ministerio de Defensa manifestó, en respuesta a nuevo derecho de petición del actor popular, que se atiene a las conclusiones a las que llegó el asesor externo abogado Edmundo del Castillo en relación con las objeciones presentadas al contrato de adquisición de corbetas, según da cuenta original de la respuesta aportada al plenario por el actor en su escrito de demanda (fls. 66 y 67 c.1).

1.12 Que de acuerdo con la hoja de vida aportada, el abogado Edmundo del Castillo es especialista en derecho administrativo y en derecho financiero, con estudios en arbitramento internacional en la CCI de París, en métodos alternativos de solución de conflictos de la Universidad de Harvard. Ha sido profesor y consultor legal en temas de derecho público, lo mismo que apoderado en varios tribunales de arbitramento (fls. 267 a 272 c.1).

Esta prueba documental pone de presente: i) que la delegación para celebrar el contrato de prestación de servicios que hoy se ataca radica en la Dirección Administrativa del Ministerio y ii) que si bien el Ministerio cuenta con abogados, esta contratación tenía un fin específico cual era poner fin a una controversia por años sobre la ejecución de un contrato celebrado en 1980, que exigía un asesor

con conocimientos especializados, controversia por lo demás planteada de antaño por el hoy actor popular.

2. Alcance de la cosa juzgada en las acciones populares

Al fijar el litigio en esta instancia, la Sala encuentra que dentro de las imputaciones que formuló el actor algunas versan sobre las consecuencias de no liquidar un contrato celebrado por el Ministerio de Defensa Nacional con unas compañías alemanas en 1980:

i) La Secretaria General al negarse -con base en el concepto del abogado del Castillo- a liquidar el contrato de compra de corbetas de 1980, invadió las competencias del Ministro e incurrió en contratación indebida. Cuestiona, en consecuencia, las conclusiones jurídicas a las que llegó el abogado contratista;

ii) Los funcionarios implicados incurrieron en una “*vía de hecho*” con infracción de los derechos a la igualdad, debido proceso y acceso a la justicia en perjuicio del interés público “*causando un detrimento patrimonial al Estado*”.

iii) Con el concepto del abogado Del Castillo “*se buscaba por todos los medios, que el Ministerio de Defensa estando vigente el contrato de mayo de 1980[de la compra de cuatro corbetas a los alemanes], no se liquide para que así el Estado pierda esos dineros que debe el contratista*”. En respaldo de ello sostuvo que los derechos fundamentales “*también están consagrados como acción popular (sic)*”. Los demandados han incurrido así en conductas delictivas.

En efecto, en el escrito de demanda el actor narra *in extenso* como el 26 de febrero de 2004 elevó una petición al Ministerio en el que solicitó la liquidación del contrato de compra de unas corbetas celebrado con unas compañías alemanas en 1980, respecto del cual formuló varias objeciones en cuanto a su ejecución, así como de la actuación del Ministerio frente a diversas peticiones presentadas. En la demanda cuestiona también las conclusiones a las que llegó el abogado del Castillo respecto del contrato de 1980.

Más adelante, invoca también como infringidos los derechos a la igualdad, al debido proceso y al acceso a la justicia previstos en los artículos 13, 29 y 229 de

la Constitución. Luego de citar varias providencias de la Corte Suprema y de la Corte Constitucional concluye que en el caso concreto los funcionarios implicados *“están incurriendo en una vía de hecho”* en perjuicio del interés público *“causando un detrimento patrimonial al Estado”*.

En el escrito de reforma a la demanda reprodujo y amplió los argumentos antes anotados, y esgrimió que *“con el concepto del Dr. Edmundo del Castillo se buscaba por todos los medios, que el Ministerio de Defensa estando vigente el contrato de mayo de 1980, no se liquide para que así el Estado pierda esos dineros que debe el contratista”*. Agregó que *“los derechos fundamentales también están consagrados como acción popular (sic)”*, todo lo cual dice respaldar en extensas citas jurisprudenciales.

En las alegaciones en primera instancia adujo que *“[a]hora no estamos en condiciones de demostrar el dolo, pero si lo haremos en un futuro, porque los motivos son claramente expresos, que no se cobren estos dineros [alude a los supuestamente adeudados del contrato de 1980], hurtados al Estado”*.

En el recurso contra la sentencia de primera instancia, el actor anotó que *“la Secretaria General del Ministerio de Defensa Nacional toma como cierto el concepto dado por el Dr. del Castillo y da como cierto que hubo un pago de buena fe y que por ello no se puede liquidar el contrato de mayo de 1980 sin numero (sic) antes relacionado, es decir que invadió el contrato de mayo de 1980 las (sic) funciones que como delegatario (sic) de este contrato tiene el Ministro de Defensa Nacional, a ello me refería con la doble delegación”*. Resaltó que pretende con esta acción popular que se declare que *“con el contrato de prestación de servicios profesionales se buscaba, era neutralizar como se ha hecho, del (sic) cobro de unos dineros que le han sido hurtados al Estado Colombiano y que lo tienen (sic) en un detrimento patrimonial, que no han debido ser desconocido por la Sala Administrativa (sic) (...)”*.

En definitiva, se advierte que el actor cuestiona en el fondo que el Ministerio haya acogido el concepto del asesor externo, decisión que a su juicio causa un detrimento patrimonial, en la medida en que con ésta se buscó que no se liquidara un contrato de compra de cuatro corbetas a unas compañías alemanas, suscrito por la entidad accionada en 1980.

La Sala encuentra que el mismo actor ya había presentado en oportunidad precedente tres acciones populares por los mismos hechos, con el mismo objeto y -además- entre las mismas partes, hecho que resulta notorio para esta Corporación, que en su calidad de Juez popular ha tenido conocimiento de estas acciones y por ello se hace referencia de ellas así:

Mediante sentencia de 31 de julio de 2003, la Sección Primera de esta Corporación, con ponencia de la Dra. Olga Inés Navarrete, Exp. AP 25000232500020020018601, actor: Marceliano Corrales Larrarte, demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional, se negaron las pretensiones del actor popular relacionadas con la ejecución del contrato suscrito el 20 de junio de 1980 con las compañías alemanas Ferrostaal AG de Essen y Howaldtswerke Deutsche Werft Aktiengesellschaft Hamburg Und Kiel, para la construcción de las cuatro (4) corbetas misileras y el suministro de dos (2) helicópteros navales.

Asimismo, la Sección Tercera en sentencia de 11 de septiembre de 2.003, Rad.: AP- 25000232700020010925701, No. Interno: 496, actor: Marceliano Rafael Corrales Larrarte, demandado: Nación- Ministerio de Defensa Nacional, C. P.: Alíer Eduardo Hernández Enríquez, concluyó:

“El análisis paralelo de los procesos en cuestión permite concluir que versan sobre hechos idénticos, es decir que la ‘causa petendi’ juzgada en la AP-0186, es la misma que somete a conocimiento de ésta Sala en el presente caso.

Ahora bien, en lo que a las pretensiones concierne, la Sala encuentra que, al igual que en los fundamentos fácticos de los procesos, existe identidad entre las mismas, pues no existen diferencias de fondo entre ellas; lo que ocurre es que, en el presente asunto, se detalló el origen de los dineros que, a juicio del actor, debe reclamar el Ministerio de Defensa. Dicha precisión no da lugar a diferencia alguna, pues en los hechos de las dos se había hecho referencia a los negocios jurídicos de los cuales se derivaban las sumas de dinero, reclamadas por el actor en favor del tesoro público.

Queda claro que existe cosa juzgada respecto de la ‘causa petendi’ de este proceso, lo que impide cualquier pronunciamiento de fondo sobre el mismo, pues la decisión tomada en la AP-0186 no puede desconocerse.” (se subraya).

Frente a la petición de aclaración de la sentencia de 11 de septiembre de 2003 presentada por el actor, esta Sección Tercera la negó en providencia de 21 de abril de 2004:

“Aunque el actor plantea como solicitudes distintas la de aclaración y de adición de la sentencia, la Sala encuentra que el fundamento de ambos pedimentos es el mismo: la petición de reintegro de la suma de DM\$100.648.80, que se solicitó en el proceso radicado con el número AP-186 y no en el identificado como AP-9257.

“Al respecto debe precisar la Sala que el memorial de 19 de septiembre de 2003, no contiene en realidad una solicitud de aclaración o adición; por el contrario, lo pretendido con él es que se revoque el fallo referido, circunstancia improcedente, pues como bien lo prevé el artículo 209 del C.P.C., ‘la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció’ (...)”

Ante una nueva solicitud de aclaración sobre esta última providencia, la misma Sala la negó por improcedente mediante proveído de 27 de mayo de 2004, en el que se expresó:

“De la norma citada [el artículo 309 del C.P.C., aplicable al caso concreto en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 472 de 1998] se infiere que la aclaración de una providencia no puede tener por objeto absolver las dudas que tengan las partes sobre la legalidad, oportunidad o veracidad de las decisiones adoptadas por el juez, pues ello conduciría a reformar, alterar o modificar lo decidido. Tal figura procesal tiene por finalidad resolver dudas provenientes de una redacción confusa, del sentido o alcance de un concepto o una frase.

Así las cosas, resulta evidente que ninguna de las solicitudes formuladas por el señor Marceliano Corrales se adecua a la finalidad de la figura procesal de aclaración prevista en el artículo 309 del C.P.C.

De una parte, en relación con la solicitud de aclarar la razón por la cual en la providencia de 21 de abril de 2004, no se tuvo en cuenta que en el proceso radicado con el número AP-186 se pidieron valores diferentes a los solicitados en el radicado como AP-9257 debe precisarse que su improcedencia ya se puso de presente en el auto de 21 de abril de 2004, en el cual se expresaron las razones que motivan tal conclusión; en consecuencia, no hay lugar a hacer pronunciamiento alguno en relación con la misma.

De otra, en lo referente a la orden de compulsar copias para la investigación disciplinaria a que haya lugar, la Sala advierte no se trata de un punto que ofrezca verdadero motivo de duda, pues, en la providencia cuya aclaración se solicita, se expusieron, de manera clara y suficiente, las razones que sirvieron de fundamento a la decisión adoptada, y no es del caso ahora insistir en ellas.

En esas condiciones, se advierte que el señor Marceliano Corrales Larrarte se vale de la figura procesal de la aclaración para controvertir la providencia mencionada, pues, por expreso mandato legal, contra la providencia que resuelve la solicitud de aclaración no proceden recursos.”

Conviene anotar que la Sección Quinta de esta Corporación, con ponencia del Consejero Darío Quiñones Pinilla, profirió una tercera providencia frente a demanda presentada por el mismo actor, contra los mismos accionados, por los mismos hechos y con idéntico objeto. Así, en sentencia de 16 de octubre de 2003, rad. 25000-23-25-000-2002-0104-02(AP), actor: Marceliano Rafael Corrales Larrarte, demandado: Ministerio de Defensa Nacional se puso de relieve que:

“Todo lo anterior muestra que las principales razones por las que el demandante considera que puede presentar más de una demanda en ejercicio de la acción popular para discutir las posibles defraudaciones al Estado con ocasión del contrato suscrito por la Nación- Ministerio de Defensa y las compañías alemanas FERROSTAL AG y la HOWAIDTSWERKEDUTSHE WERFT AKTIENGESELSCHAFT HAMBURG UN KIEL, se reducen a dos aspectos. El primero, porque las sentencias que resolvieron las demandas presentadas por él, en especial, la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado son contrarias al ordenamiento jurídico y, en especial, violaron derechos fundamentales al no valorar las pruebas que reposan en el expediente. El segundo, porque en los tres casos se pretendían recuperar para el Estado cuantías que se originaron en rubros distintos.

Así las cosas, en cuanto al primer aspecto es claro que la acción popular no procede para discutir las decisiones judiciales y menos aún cuando hicieron tránsito a cosa juzgada.

En relación con el segundo se tiene que a pesar de que en la anterior demanda se invocó la protección exclusiva del derecho a la moralidad administrativa y en la actualidad se adiciona a ese interés el de la defensa del patrimonio público, lo cierto es que en la anterior oportunidad la demanda también buscaba la protección del patrimonio público. Luego, el hecho de que en la demanda objeto de estudio se hubiese invocado otro derecho colectivo no modifica las pretensiones de la demanda ni la convierten en una nueva causa petendi. El segundo, que el hecho de que se hubiese modificado el monto de la suma a recuperar o los rubros de donde surgen valores diferentes no hace diferente la pretensión, pues aceptar esa tesis implicaría autorizar a presentar múltiples demandas entre las mismas partes, por los mismos hechos y derechos, pero siempre con cuantías distintas (se recuerda que la cuantía a recuperar obedece a cálculos elaborados por el propio demandante). Esa interpretación conduciría, entonces, a reabrir el debate o la controversia jurídica de manera indefinida, con lo cual no sólo se desconoce el principio de la cosa juzgada sino que se viola el derecho de las personas a que se le resuelva judicialmente una controversia jurídica de manera definitiva.

Ello muestra que a pesar de que el demandante pretenda recuperar sumas de dinero diferentes a las señaladas en la demanda que originó la sentencia del 31 de julio de 2003, lo cierto es que, en esencia, pretende lo mismo, comoquiera que la modificación de la

cuantía que se pretende recuperar no modifica la causa petendi. En tal virtud, la demanda sub iúdice persigue idéntico objeto que el pretendido en la demanda que fue resuelta en sentencia de fondo del 31 de julio de 2003 de la Sección Primera del Consejo de Estado y desarrolla iguales argumentos a los expuestos en la demanda que finalizó con la sentencia del 12 de septiembre de 2003.

Por las razones expuestas en precedencia, la Sala concluye que se encuentra probada la existencia de cosa juzgada que impide un nuevo pronunciamiento de fondo. Por lo tanto, debe revocarse la sentencia apelada, en cuanto denegó las pretensiones de la demanda y, en su lugar, debe declararse probada la existencia de cosa juzgada en relación con la defensa de los derechos a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público en la acción popular ejercida por el señor Marceliano Corrales Larrarte contra la Nación -Ministerio de Defensa-”.

Mediante proveído de 20 de noviembre de 2003, Rad. 25000-23-25-000-2002-00104-01, actor: Marceliano Rafael Corrales Larrarte, la Sección Quinta de esta Corporación negó las solicitudes de aclaración y adición de la sentencia dictada el 16 de octubre de 2003, formulada por el señor Marceliano Corrales Larrarte, al razonar que la cosa juzgada impedía un nuevo pronunciamiento de fondo:

“Pues bien, con base en lo anterior se tiene que si bien es cierto la norma procesal civil autoriza la adición de la sentencia cuando se omite la resolución de los extremos de la litis y el demandante reclama ese vacío, lo cierto es que, en el asunto *sub iúdice*, no se resolvieron esos temas porque la Sala declaró probada la existencia de la cosa juzgada que, obviamente, impedía un nuevo pronunciamiento de fondo respecto de ellos.

En efecto, la garantía de seguridad jurídica que la cosa juzgada imprime a la sentencia judicial impide un nuevo pronunciamiento respecto del mismo litigio, de tal manera que la sentencia ejecutoriada tiene el carácter de definitiva, inmutable y vinculante. Definitiva, puesto que impide un nuevo pronunciamiento de fondo; inmutable, en tanto que su modificación no es posible por la vía ordinaria y, vinculante, porque prohíbe a las partes y, en ocasiones a todas las personas, volver a entablar el mismo litigio. En este contexto, puede afirmarse que la cosa juzgada tiene implicaciones positivas y negativas; respecto de las primeras porque concreta el derecho a obtener la definición judicial y pacífica de la controversia y, negativas, en tanto que, de un lado, prohíbe a las partes o a la sociedad en general demandar nuevamente un litigio concluido y, de otro, a los jueces a conocer, tramitar y decidir un problema ya resuelto.

Por lo expuesto, al declarar probada la cosa juzgada en el asunto de la referencia la Sala no podía resolver los extremos de la litis ni los puntos solicitados en la apelación, pues se trataban, precisamente, de asuntos que, a juicio de la Sala, presentaban identidad de partes, de causa y de objeto respecto de otras acciones populares ejercidas

previamente por el demandante. Luego, debe denegarse la solicitud de adición de la sentencia del 16 de octubre de 2003.

De otra parte, el demandante solicitó la aclaración de esa misma sentencia.

(...) Esa norma [art. 309 CPC] muestra con claridad que este instrumento jurídico está previsto únicamente para esclarecer frases o conceptos que ofrezcan verdadero motivo de duda contenidas en la parte resolutive de la sentencia o de la parte motiva que constituyan razones de la decisión. De consiguiente, no puede pretenderse que con fundamento en una solicitud de aclaración de la sentencia se reabra la discusión jurídica en torno al tema que fue decidido en la providencia judicial ni se planteen nuevos argumentos fácticos o jurídicos tendientes a modificar el sentido de la sentencia, pues eso implicaría asimilar los conceptos disímiles de aclaración de sentencia y de reposición de la misma.

En consecuencia, el sentido procesal de la aclaración de sentencia no puede ser otro que esclarecer los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que están contenidos en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.

El demandado sostiene que la sentencia del 16 de octubre de 2003 declaró la existencia de la cosa juzgada respecto de sentencias no ejecutoriadas y que no estudiaron temas invocados por el demandante con posterioridad a ella, por lo que existía identidad de partes, identidad parcial de causa, pero no identidad de objeto. Para sustentar su afirmación se remite a las pruebas y documentos que obran en el expediente, a los cuadros comparativos de las 3 acciones populares que realizó en el curso del proceso y a reproches puntuales respecto de los diferentes conceptos utilizados por la sentencia.

Lo dicho evidencia que el demandado no pretende la aclaración o adición de la sentencia sino la modificación de su contenido, pues sus argumentos se dirigen a demostrar que no existe cosa juzgada y, por lo tanto, pretende que se cambie el sentido de la providencia y se entre a conocer de fondo los asuntos no resueltos en ella porque declaró probada la cosa juzgada. De hecho, es evidente distinguir los planteamientos que se dirigen, de un lado, a mostrar la existencia de conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda en la sentencia y, de otro, a reprochar el sentido de la misma. Estos últimos no parten de dudas objetivas generadas con la sentencia sino de desacuerdos o censuras que se predicen de la decisión judicial, los cuales se pretenden modificar.

Lo anterior muestra, entonces, con claridad que el señor Corrales Larrarte no expone reales o verdaderos motivos de duda contenidos en la parte resolutive de la sentencia del 16 de octubre de 2003 o en la parte motiva que incidieron de manera directa en la decisión, sino reproches sobre el contenido de aquella que surgen de su interpretación subjetiva de los conceptos de identidad de causa, de partes y de objeto entre las tres sentencias dictadas con ocasión de

las tres demandas que presentó contra el Ministerio de Defensa Nacional en ejercicio de la acción popular.” (se subraya).

Del mismo modo, la Sección Quinta en providencia de 17 de junio de 2004, Exp. 25000-23-25-000-2002-0104-02 (AP), actor: Marceliano Rafael Corrales Larrarte, demandado: Ministerio de Defensa Nacional, rechazó por improcedente el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el accionante, contra la sentencia de 16 de octubre de 2003.

Contra este auto el actor interpuso recurso de queja, que fue rechazado por el Señor Consejero Ramiro Saavedra Becerra de la Sección Tercera, por auto del 16 de septiembre de 2004, al encontrar que fue interpuesto sin que se hubiera allegado al expediente copia de la providencia recurrida y de las demás piezas procesales necesarias para surtir el trámite correspondiente; esto es, no se cumplieron los requisitos para la interposición del recurso previstos en el artículo 378 del C.P.C., al cual remite el artículo 182 del C.C.A.

Marceliano Corrales Larrarte formuló recurso de reposición contra el auto anterior y mediante auto del 12 de noviembre de 2004, del mismo Magistrado se negó reponer el proveído del 17 de junio de ese año. Contra este último, el accionante nuevamente acudió ante la Jurisdicción mediante el recurso de súplica, el cual fue resuelto mediante auto del 10 de junio de 2005, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, el cual rechazó por improcedente el recurso de súplica interpuesto, por cuanto éste sólo procede contra los autos interlocutorios de ponente, mientras que el auto recurrido resolvió un recurso de reposición que al tenor del artículo 348 del C.P.C. no es susceptible de recurso.

Frente a esta providencia, el accionante solicitó su aclaración y adición la cual fue denegada por la misma Consejera Ponente por auto del 14 de octubre de 2005, sobre la base de que dicha providencia no ofrecía ningún motivo de duda.

A pesar de ello, mediante memorial presentado el 11 de noviembre de 2005, el señor Marceliano Corrales solicitó nuevamente aclaración del auto que negó la adición y aclaración anterior, petición que fue resuelta negativamente mediante auto del 24 de marzo de 2006.

Con posterioridad, el mismo accionante el 7 de febrero de 2006 propuso un incidente de nulidad por supuestas irregularidades de la citada sentencia de 16 de octubre de 2003 rad. AP 25000-23-25-000-2002-0104-02, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, CP Darío Quiñones Pinilla. El actor esgrimió que la sentencia que declaró cosa juzgada el proceso, tuvo su fundamento en una sentencia [la proferida por la Sección Primera] que se profirió en supuesta violación al debido proceso.

La Sección Tercera por el auto de fecha 2 de agosto de 2006, CP Ramiro Saavedra Becerra rechazó por improcedente el incidente de nulidad interpuesto contra una sentencia de segunda instancia que se encontraba ejecutoriada. En esa oportunidad le llamó la atención del accionante para que se abstuviera de presentar recursos o solicitudes claramente improcedentes y que tuviera en cuenta que la Ley le da la posibilidad al juez de castigar el abuso del derecho de acceso a la justicia, mediante la imposición de multas.

Sin embargo, Marceliano Corrales interpuso recurso de apelación en contra de dicho auto, el cual fue rechazado por ser abiertamente improcedente en providencia del despacho del Señor Consejero Ramiro Saavedra Becerra de fecha 19 de febrero de 2007. Luego de correrle traslado por cinco días en acato a lo dispuesto por el artículo 22 de la ley 446, mediante auto de 30 de enero de 2008 Rad. 11001-03-15-000-2004-(AP-00764)-00, esta Sección le impuso al actor una multa de quince salarios mínimos legales mensuales con destino al Fondo para la Defensa de los derechos e intereses colectivos, al razonar que:

“El señor Marceliano Corrales, ha venido actuando ante esta Corporación desde el recurso de apelación de la sentencia del 6 de junio de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección C, dentro del proceso de acción popular 2002 - 104, el cual terminó con sentencia del 16 de octubre de 2003, que declaró cosa juzgada el asunto de conocimiento.

Desde ese momento, el accionante ha interpuesto innumerables recursos repitiendo los mismos argumentos, herramientas procesales que en muchos de los casos son abiertamente improcedentes, prueba de lo cual son los autos del 10 de junio de 2005 (fls. 93 a 95 cdno. recurso de queja), del 24 de marzo de 2006 (fls. 184 a 190 c. recurso de queja) y del 2 de agosto de 2006 (fls. 133 a 135 cdno. recurso de queja), mediante los cuales precisamente se le negaron los recursos interpuestos por ser abiertamente improcedentes.

De acuerdo al artículo 74 del Código de Procedimiento Civil, se considera que una persona ha actuado con **temeridad o mala fe** ‘*Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición, incidente o trámite especial que haya sustituido a éste*’¹, con base en lo cual, la persona que interponga un recurso claramente improcedente frente a cualquier providencia judicial, está actuando con temeridad.

De las providencias mencionadas anteriormente, mediante las cuales se le rechazaron los recursos interpuestos por improcedentes, el más demostrativo de la mala fe o temeridad del accionante, fue el interpuesto después de haberse rechazado por improcedente el incidente de nulidad propuesto, donde incluso se le llamó la atención al accionante respecto de que en lo sucesivo se abstuviera de presentar este tipo de recursos o solicitudes (auto del 2 de agosto de 2006 - fls. 133 a 135 c. recurso de queja), no obstante lo cual, propuso **recurso de apelación**, (memorial del 6 de octubre de 2006 - fls. 136 a 153) lo cual es absurdo, por el sólo hecho de que se trata de un auto proferido por la máxima autoridad en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

En este orden de ideas, la Sala considera que el actor ha venido actuando con temeridad en los recursos interpuestos y, por ello, se le impondrá una multa de 15 salarios mínimos legales mensuales.”

Ahora bien al hacer un cotejo entre los cuatro procesos adelantados en ejercicio de la acción popular, inclusive el que ahora se decide la Sala advierte que, en cuanto hace al contrato celebrado por el Ministerio de Defensa en 1980 para la adquisición de cuatro corbetas y dos helicópteros hay en el fondo una identidad de *corpus* y de *causa petendi*:

AP- 0186	AP-9257	AP 104	AP 240
Actor: MARCELIANO CORRALES LARRARTE.	Actor: MARCELIANO CORRALES LARRARTE.	Actor: MARCELIANO CORRALES LARRARTE.	Actor: MARCELIANO CORRALES LARRARTE.
Demandado: NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL	Demandado: NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL	Demandado: NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL	Demandado: NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL y otro.
Derechos colectivos invocados: Patrimonio Público	Derechos colectivos invocados: Patrimonio	Derechos colectivos invocados: Patrimonio	Derechos colectivos invocados: Patrimonio Público

¹ Artículo 74. Modificado D.E. 2282/89, art. 1º, num. 30. Temeridad o mala fe. Se considera que ha existido temeridad o mala fe, en los siguientes casos: 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición, incidente o trámite especial que haya sustituido a éste. 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad. 3. Cuando se utilice el proceso, incidente, trámite especial que haya sustituido a éste o recurso, para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos. 4. Cuando se obstruya la práctica de pruebas. 5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso.

y Moralidad Administrativa.	Público Moralidad Administrativa.	y Moralidad Administrativa.	y Moralidad Administrativa.
Hechos que originan la demanda:	Hechos que originan la demanda:	Hechos que originan la demanda:	Hechos que originan la demanda:
-En 1980, el Presidente de la República celebró con las firmas alemanas FERROSTAAL AG Y LA HOWAIDTSWERK EDEUTSHE WERFT AKTIENGESESLI SCHASFT HAMGURG UND KIEL un contrato de compraventa de 4 corbetas tipo FS 1500 y dos helicópteros versión naval. El monto total del contrato fue de DM\$444.200.000. -Como consecuencia de los defectos técnicos de las corbetas se incumplió el plazo de entrega del contrato, lo cual originó el derecho a cobrar multas por mora y multas por aspectos técnicos no alcanzados. -Para hacer efectivas las multas por mora el Ministerio de Defensa expidió las Resoluciones sancionadoras. -Hasta el momento no se han expedido las resoluciones sancionadoras	-En 1980, el Presidente de la República celebró con las firmas alemanas FERROSTAAL AG Y LA HOWAIDTSWERK EDEUTSHE WERFT AKTIENGESESLI SCHASFT HAMGURG UND KIEL un contrato de compraventa de 4 corbetas tipo FS 1500 y dos helicópteros versión naval. El monto total del contrato fue de DM\$444.200.000. -Como consecuencia de los defectos técnicos de las corbetas se incumplió el plazo de entrega del contrato, lo cual originó el derecho a cobrar multas por mora y multas por aspectos técnicos no alcanzados. -Para hacer efectivas las multas por mora el Ministerio de Defensa expidió las Resoluciones sancionadoras. -Hasta el momento no se han expedido las	-En mayo de 1980, el Presidente de la República celebró con las firmas alemanas FERROSTAAL AG Y LA HOWAIDTSWERK EDEUTSHE WERFT AKTIENGESESLI SCHASFT HAMGURG UND KIEL un contrato de compraventa de 4 corbetas tipo FS 1500 y dos helicópteros versión naval. El monto total del contrato fue de DM\$444.200.000. -Como consecuencia de los defectos técnicos de las corbetas se incumplió el plazo de entrega del contrato, lo cual originó el derecho a cobrar multas por mora y multas por aspectos técnicos no alcanzados. -Para hacer efectivas las multas por mora el Ministerio de Defensa expidió las Resoluciones sancionadoras. -Hasta el momento no se han expedido las	-El hoy actor popular presentó una petición el 26 de febrero de 2004 al Ministro de Defensa solicitando la liquidación del contrato celebrado en 1980 por el gobierno con la compañía alemana FERROSTAAL AG Y LA HOWAIDTSWERK EDEUTSHE WERFT AKTIENGESESLI SCHASFT HAMGURG UND KIEL para la compra de 4 corbetas y dos helicópteros versión naval. -Narra que formuló petición en la que manifestó que como se habían presentado unos incumplimientos en la ejecución del contrato de 1980 había lugar a cobrar multas por mora y multas por aspectos técnicos no alcanzados. -Para hacer efectivas las multas por mora el Ministerio de Defensa expidió las Resoluciones sancionadoras. -Pero el Ministerio omitió expedir las resoluciones

<p>para hacer efectivas las multas por aspectos técnicos no alcanzados, sin embargo los oficiales encargados de manejar los dineros del Plan Neptuno, a través del Fondo Operacional, recibieron de las sociedades contratistas los dineros correspondientes a las mismas y los desviaron a cuentas personales.</p> <p>-El Ministerio omitió cobrar, además, el valor del acta NO. 001/ARC-INSP-80 por valor de DM\$5.440.000 y del contrato adicional No. 102 de 1982, cuyo monto es de DM\$3.150.000.</p>	<p>resoluciones sancionadoras para hacer efectivas las multas por aspectos técnicos no alcanzados, sin embargo los oficiales encargados de manejar los dineros del Plan Neptuno, a través del Fondo Operacional, recibieron de las sociedades contratistas los dineros correspondientes a las mismas y los desviaron a cuentas personales.</p> <p>-El Ministerio omitió cobrar, además, el valor del acta NO. 001/ARC-INSP-80 por valor de DM\$5.440.000 y del contrato adicional No. 102 de 182, cuyo monto es de DM\$3.150.000</p>	<p>resoluciones sancionadoras para hacer efectivas las multas por aspectos técnicos no alcanzados, sin embargo los oficiales encargados de manejar los dineros del Plan Neptuno, a través del Fondo Operacional, recibieron de las sociedades contratistas los dineros correspondientes a las mismas y los desviaron a cuentas personales.</p> <p>-El Ministerio omitió cobrar, además, el valor del acta NO. 001/ARC-INSP-80 por valor de DM\$5.440.000 y del contrato adicional No. 102 de 182, cuyo monto es de DM\$3.150.000</p>	<p>sancionadoras para hacer efectivas las multas por aspectos técnicos no alcanzados. Los oficiales encargados de manejar los dineros del Plan Neptuno, recibieron de las sociedades contratistas los dineros correspondientes a las mismas y los desviaron a cuentas personales, a través del “Fondo Operacional”.</p> <p>-Los organismos de control investigaron los hechos pero “falsearon la verdad”.</p> <p>-Sobre esta materia, el actor ha formulado peticiones que la Secretaria General ha venido dilatando sobre este tema, cambiándole en ocasiones el sentido o negándose a dar contestación.</p> <p>-Que las conclusiones que arroja el concepto del asesor externo son las mismas que han servido para no liquidar el contrato de 1980, cuando lo que hubo fue “mala fe”.</p>
<p>Pretensiones de la demanda: Ordenar al Ministerio de</p>	<p>Pretensiones de la demanda: -Ordenar al Ministerio de</p>	<p>Pretensiones de la demanda: -Ordenar al Ministerio de</p>	<p>Pretensiones de la demanda: -Pide la “suspensión</p>

<p>Defensa Nacional que ejercite todos los recursos legales necesarios para recuperar los dineros ingresados ilegalmente al fondo operacional.</p>	<p>Defensa Nacional expedir las Resoluciones Sancionadoras correspondientes a las Segundas Multas del Plan Neptuno por aspectos técnicos no alcanzados. -Ordenar al Ministro de Defensa Nacional exigir la cancelación de las diferencias de precios correspondientes al Acta No. 001/ARC - INSP -80- y del contrato adicional No. 102 de 1982.</p>	<p>Defensa Nacional a realizar todas las actuaciones necesarias para recuperar los dineros dejados de percibir por el Estado Colombiano, con ocasión de la omisión de imposición de multas y la reclamación de diferencia de precios.</p>	<p>provisional (sic) del concepto emitido por el doctor Edmundo del Castillo Restrepo el día 26 de agosto de 2004 y como consecuencia se declare la nulidad del acto administrativo (sic) No. 0035995 de 16 de noviembre de 2004 suscrito por la Secretaria General del Ministerio de Defensa [se refiere a oficio con ese número y fecha mediante el cual el Ministerio de Defensa respondió su petición y se dio a conocer concepto del abogado externo sobre el contrato de 1980 de adquisición de corbetas y helicópteros]”.</p>
--	---	---	--

De este parangón de los cuatro procesos populares se encuentra que, en cuanto refiere a la discusión sobre el contrato de compra de corbetas y helicópteros suscrito por el Ministerio de Defensa Nacional y las citadas compañías alemanas en 1980 el asunto ya fue resuelto por esta Corporación en fallo que hace tránsito a cosa juzgada. Si bien, hay en este último proceso un elemento adicional (el contrato suscrito con el abogado asesor externo para estudiar esta materia), al cuestionar las conclusiones a las que éste llega y la recepción de dicho criterio por el Ministerio de Defensa Nacional, se pretende reabrir el debate sobre una materia ya juzgada.

Los hechos son, pues, en cuanto a este punto, idénticos, de modo que en cuanto hace a la discusión sobre el contrato de 1980 la “*causa petendi*” ya fue decidida por la Sección Primera de esta Corporación en la sentencia arriba citada.

Si bien, se advierten diferencias en la redacción de las pretensiones, la Sala encuentra que, con la insólita solicitud de “*suspensión provisional*” del concepto del asesor externo sobre el alcance del contrato celebrado en 1980, se intenta reabrir implícitamente un debate judicial ya cerrado. Además, la identidad de pretensiones debe predicarse respecto de los derechos objeto de protección, y no sobre lo que pide el actor que el juez ordene para su amparo en el fallo, tal como se explica más adelante.

Pretende el actor un nuevo pronunciamiento judicial sobre los alcances de la ejecución del contrato de 1980 y su eventual incidencia en la vulneración de los derechos colectivos. No será posible emitir decisión sobre el punto, por cuanto frente al mismo se configura la excepción de cosa juzgada, la cual debe reconocerse oficiosamente por el juez en la sentencia, tal y como lo ordena el artículo 164 del CCA, aplicable a los procesos establecidos para el trámite de las acciones populares, por expresa remisión del artículo 44 de la ley 472, en consonancia con lo prescrito por el artículo 306 del C.P.C.

Como es sabido, las sentencias judiciales hacen tránsito a **cosa juzgada** (*res iudicata*), institución conforme a la cual los fallos ejecutoriados están dotados de un triple carácter: imperatividad, coercibilidad e inmutabilidad, en orden a garantizar la seguridad jurídica² ínsita a toda decisión judicial y que es el sustrato del ejercicio de la función pública jurisdiccional (art. 228 CN y art. 1 LEAJ). Se impide así que se plantee un nuevo proceso que podría comportar un grave riesgo de una decisión contradictoria (según el aforismo latino “*res iudicata pro veritate habetur*”: la cosa juzgada se tiene como verdad).

Esta figura tiene por objeto que los asuntos ya hayan sido desatados en sede judicial no sean nuevamente sometidos al juez, y con ello evitar la incertidumbre que se generaría si la parte vencida pudiera plantear nuevamente el asunto a la espera de

² “En Colombia la ‘seguridad jurídica’ suele identificarse tan sólo con una simple exigencia de cierta estabilidad regulatoria indispensable para que el inversionista pueda adelantar sus negocios, cuando esta categoría jurídica tiene cometidos mucho más ambiciosos. En efecto, la garantía de estabilidad de las normas es la esencia misma del Estado de Derecho: generalidad, claridad, coherencia y posibilidad de cumplimiento son presupuestos de ‘moralidad del derecho o moralidad que hace posible el derecho’ en términos de Lon L. Fuller . Así, mientras en otros países la seguridad jurídica ocupa lugar privilegiado entre sus prescripciones fundamentales -es el caso de España donde está contenida en el título preliminar de la Constitución de 1978 - nuestros juristas, con ocasión de la expedición de la Constitución de 1991 y a partir de una discutible lectura de la cláusula Estado social de Derecho , se enfrascaron en un falso dilema: seguridad jurídica versus justicia material, que desembocó en la bizantina controversia entre un ‘nuevo’ y un ‘viejo’ derecho que tanto daño le ha hecho a nuestra institucionalidad.”: *Legislador y juez: ¿garantías o amenazas al modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios?* en REVISTA CONTEXTO No. 18, Revista de derecho y economía, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Departamento de Derecho Económico, agosto de 2004 pág. 77 y ss

una nueva decisión cuantas veces quisiera, hasta que con una decisión ulterior -por su puesto contradictoria- se lograra decidir conforme a sus intereses, todo lo cual se predica de las decisiones populares.

Es por ello que el artículo 332 del CPC dispone que si se presenta al conocimiento del juzgador un nuevo proceso judicial en el que medien las tres identidades procesales: i) identidad de partes, ii) identidad de causa y iii) identidad de objeto a otro ya desatado, no es procedente reabrir el debate judicial.

Por supuesto, que en estos juicios tampoco queda a la libre determinación de las partes que efectivamente concurrieron al proceso, como a la comunidad misma (representada por el actor popular), volver a promover un mismo litigio, cuando ya sobre este media una declaración judicial prevalida de la certeza propia de todo fallo definitivo.

El juez popular también está llamado a reconocer y acatar la decisión previamente adoptada por otro fallador en la misma sede colectiva y por ello le está vedado decidir de fondo sobre una materia que ha sido objeto de cosa juzgada.

En cuanto refiere al primer presupuesto de la cosa juzgada, vale decir la **identidad jurídica de partes** (*idem conditio personarum*), en sede popular no se exige respecto del accionante. En efecto, dado su carácter público y teniendo en consideración que su objeto es la protección de intereses cuya titularidad la ostenta toda la comunidad (art. 2, 9 y 11 de la ley 472), la decisión tiene efectos *erga omnes* y no simplemente *inter partes*, vale decir, obligatorios, generales, oponibles a todos tal y como se desprende de lo dispuesto por el artículo 35 *eiusdem* y por el inciso 3º del artículo 332 del CPC. De modo que **en parte activa no existe ese límite subjetivo** pues lo importante, como ha dicho la Sala, es que los responsables por la afectación al derecho colectivo invocado sean los mismos:

“(…) es necesario precisar que el objeto de protección de las acciones populares está constituido por derechos cuya titularidad es difusa, de manera que lo decidido en la sentencia afecta por igual a toda la comunidad interesada, dentro de la cual puede o no estar el actor popular.

Precisamente, teniendo en cuenta que el grupo titular de los derechos y el actor popular no necesariamente coinciden, el legislador aclaró en el artículo 35 de la Ley 472 de 1998, que los efectos de la sentencia se predicen tanto de las partes en el proceso

-entre las que, obviamente, está el actor popular, pero no está, en cambio, la comunidad titular y directa interesada en las resultas del mismo- como del público en general.

De allí que, en este tipo de acciones, la institución de la cosa juzgada opera aunque las partes de los procesos no sean idénticas. Respecto de este preciso elemento, lo que importa es que, de un lado, los responsables por la afectación al derecho sean los mismos, y, de otro, que, al margen del grado de difusión de la comunidad titular del derecho, el grupo -determinado o determinable- afectado con la amenaza o vulneración de los derechos colectivos comprometidos también sea el mismo.³(...)”⁴

Es por ello que para la configuración de la cosa juzgada en materia de acciones populares no se requiere que se presente identidad absoluta de las partes, pues en estos procesos el actor y los titulares del interés protegido no necesariamente coinciden⁵.

Por lo que hace al segundo presupuesto para que opere la cosa juzgada, esto es la **identidad de causa de pedir** (*eadem causa petendi*), también se predica del juicio popular. Tampoco en esta sede judicial es procedente volver a estudiar un asunto en el que las razones o motivos contenidos en los hechos de la demanda sean idénticos.

Por fin, respecto del tercer presupuesto: que la controversia recaiga sobre el mismo objeto (**identidad de objeto**: “*idem corpus*”) o lo que es igual que las pretensiones sean las mismas, en la acción popular consiste en la declaración que se reclama del juez popular esto es la vulneración o afectación de determinados derechos o intereses colectivos y no la orden que se pretende que adopte finalmente el juzgador.

³ AP-700 de 2002, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sentencia de 12 de febrero de 2004, Rad. 19001-23-31-000-2002-1700-01(AP), actor: Jairo Ñañez Collazos y otros, demandado: Municipio de Popayán 1700 de 2004, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, sentencia No. 1700 de 2004, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. En sentido idéntico, SECCION TERCERA, sentencia de junio 2 de 2005, Radicación número: 19001-23-31-000-2004-00814-01(AP), Actor: Martha Lucia Velasco Sanchez y otros, Demandado: Ministerio de Protección Social Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA y otro, SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de 9 de agosto de 2007, Rad.: 73001-23-31-000-2004-00007-01(AP), Actor: Magda Jeannette Rodríguez, Demandado: Municipio San Sebastián de Mariquita-Tolima, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

En efecto, conforme a lo prescrito por el artículo 34 de la ley 472 el juez tiene un amplio poder de configuración al momento de adoptar la parte resolutive del fallo que acoja las pretensiones, en cuanto puede contener una orden de hacer o no hacer y puede también exigir la realización de las conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que no se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones, que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante.

Por lo que hace a este **límite objetivo** de la cosa juzgada la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido, con apoyo en lo dispuesto por la sentencia C 215 de 1999 de la Corte Constitucional, que cuando aparecen nuevas circunstancias de hecho o elementos de prueba de los cuales se advierte la existencia de una amenaza o vulneración de un derecho colectivo, la sentencia que se haya dictado en una acción popular tan solo hace transito a cosa juzgada con carácter relativo, siendo procedente el ejercicio de dicha acción frente a esa nueva realidad fáctica⁶.

Por otro lado, la Sala también ha señalado que los efectos de la cosa juzgada en el juicio popular dependen de lo decidido en la sentencia. Por manera que si el fallo accede a las pretensiones, la decisión produce efectos de cosa juzgada *erga omnes*; al paso que si la sentencia es desestimatoria produce efectos de cosa juzgada *erga omnes* pero sólo en relación con la *causa petendi*, esto es, respecto de los hechos que dieron lugar a su interposición⁷ La jurisprudencia ha precisado con base en lo dispuesto por el artículo 175 del CCA que:

“Así, la Sala considera que resulta aplicable a éstas acciones lo dispuesto por el C.C.A. respecto de la cosa juzgada de las acciones de nulidad simple, en tanto que esta última, reviste también carácter popular, pues la legitimación para ejercerlas recae sobre cualquier persona y lo decidido en ella interesa a toda la comunidad, como destinataria del ordenamiento jurídico para cuya protección se instituyó.

(...) De acuerdo con lo dicho, y teniendo en cuenta la disposición citada, la sentencia que ordena la protección de los derechos colectivos

⁶CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Sentencia de 9 de agosto de 2007, Rad.: 73001-23-31-000-2004-00007-01(AP), Actor: Magda Jeannette Rodríguez, Demandado: Municipio San Sebastián de Mariquita-Tolima, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 11 de diciembre de 2003, rad. 25000-23-25-000-2002-01652-01(AP), Actor: Ivan David Brieva Maldonado, Demandado: Empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

producirá efectos de cosa juzgada 'erga omnes' y la que niegue dicha protección, efectos de cosa juzgada 'erga omnes', únicamente en relación con la 'causa petendi' ”⁸.

Sobre el alcance del artículo 35 de la ley 472 de 1998, por el cual se fijan los efectos generales de la sentencias en acciones populares, esto es, su vinculación u oponibilidad a toda la comunidad y no sólo a quienes intervinieron en el proceso, en consideración a la naturaleza jurídica difusa o colectiva de los intereses en conflicto, la Corte Constitucional en reciente pronunciamiento matizó la intangibilidad de la sentencia desestimatoria y declaró su constitucionalidad condicionada. De conformidad con el pronunciamiento de exequibilidad modulada no es procedente cerrar la posibilidad de promover un nuevo juicio, cuando se niega el amparo de los intereses colectivos ante la falta de prueba.

Así las cosas, el juez constitucional declaró exequible el artículo 35 de la ley 472, en el entendido de que las sentencias que resuelven los procesos de acción popular hacen tránsito a cosa juzgada respecto de las partes y del público en general, salvo cuando surjan con posterioridad a la sentencia desestimatoria, nuevas pruebas trascendentales que pudieran variar la decisión anterior:

“Por eso, tratándose de la protección de derechos e intereses colectivos, no puede entonces entenderse que la cosa juzgada es absoluta, pues la naturaleza propia de tales derechos e intereses implica la titularidad de la acción en cabeza de un número más o menos extenso de personas afectadas con la amenaza o violación de tales derechos, que aun cuando habrían podido participar en el proceso, estarían despojadas de la oportunidad de ejercer una acción popular para enmendar una situación de amenaza o afectación de esos derechos que ocurra en la misma colectividad frente al caso fallado, respecto de una sentencia desestimatoria de los mismos y la aparición con posterioridad al fallo de nuevas pruebas que demuestren tal vulneración.”

Para la Corte es claro que, tratándose de las acciones populares, se prevé en la Ley 472 de 1998 un periodo probatorio (veinte días prorrogables por otros veinte días) rodeado de las garantías necesarias para facilitar el acceso al proceso de todos los elementos de prueba indispensables para que el juez profiera una decisión de mérito. Podría mencionarse al respecto, que los artículos 28 y 30 de la citada ley le reconocen al juez amplios poderes para decretar y practicar las pruebas solicitadas por las partes y las que de oficio estime pertinentes, al tiempo que lo facultan para sustituir al actor en la carga de la prueba, cuando por razones económicas o técnicas

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia AP-9257 de 2003, C.P. Alier Hernández Enríquez.

este último no esté en capacidad de aportar las pruebas indispensables por sus propios medios. Sin embargo, muy a pesar de ello, considera la Corte que los recursos probatorios previstos por la ley no son idóneos para superar el conflicto de inconstitucionalidad que surge de reconocerle efectos *erga omnes* a las sentencias desestimatorias, particularmente, frente a la circunstancia de que después del fallo aparezcan nuevas pruebas definitivas para cambiar la decisión inicial, pues es claro que tales elementos de juicio, por sustracción de materia, no pudieron ser allegados al proceso en el respectivo periodo probatorio ni valorados por la sentencia. Cabe agregar, en relación con esto último, que contra las sentencias que resuelven acciones populares no procede en ningún caso el recurso extraordinario de revisión, que es el escenario natural en el cual pueden debatirse hechos producidos después del fallo, sin necesidad de acudir a un nuevo proceso.

En consecuencia, una interpretación del artículo 35 de la ley 472 de 1998, en el sentido de no permitir en ningún caso la instauración de una nueva acción popular contra el mismo demandado y por los mismos hechos y causas, frente a la aparición de nuevas pruebas que demuestren de manera fehaciente la vulneración de derechos colectivos, desconoce la garantía de los derechos al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y la efectividad de tales derechos. Razones de interés general y seguridad jurídica, relacionadas con el mantenimiento del orden público, la paz social y la garantía de los derechos ciudadanos, imponen que los procesos se decidan de manera definitiva y que necesariamente deban finalizar o concluir en un cierto momento procesal, lo que en principio justifica el efecto de cosa juzgada general o absoluta establecido en la norma acusada. Sin embargo, en el caso de las acciones populares, hay que tener en cuenta además, que están en juego derechos e intereses colectivos de trascendencia social, que van más allá del interés de las partes en el proceso de la acción popular, lo que justifica mantener abierta una instancia judicial de protección en caso de verificarse una amenaza o violación de los mismos.

Aun cuando la jurisprudencia constitucional ha reconocido la importancia de la institución de la cosa juzgada, cuya función se centra -como se dijo- en garantizar la efectiva aplicación de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima, obligando a los jueces a ser consistentes con las decisiones que adoptan e impidiendo que un mismo asunto sea sometido nuevamente a juicio, debe aclarar la Corte que, tratándose de las acciones populares, la importancia de los derechos e intereses en juego, justifican, desde una perspectiva constitucional, que se pueda plantear un nuevo proceso sobre una causa decidida previamente, lo cual tiene lugar únicamente cuando se trate de una sentencia desestimatoria, y siempre que con posterioridad a la misma surjan nuevos elementos de prueba, con entidad suficiente para modificar la decisión anterior.

Ahora bien, reiterando lo dicho en el apartado 4 de las consideraciones de esta sentencia, es menester aclarar que, para que una decisión que le pone fin a una acción popular alcance el valor de cosa juzgada, es necesario que concurren los siguientes

tres requisitos: (i) que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, (ii) que se funde en la misma causa del anterior, y (iii) haya en ambos juicios identidad jurídica de partes. Ello significa que si no existe identidad de sujetos, objeto y causa, no opera el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, ni general ni relativa, de forma que, si surgen nuevos hechos o causas distintas, independientemente de que se trate de las mismas partes, cualquier persona está habilitada para promover una nueva acción popular, en caso de considerar que esos nuevos hechos y causas ponen en peligro derechos colectivos. A la luz de estos postulados, tratándose de la norma acusada, lo que busca el presente pronunciamiento es establecer una excepción al principio de cosa juzgada, de manera que, aun existiendo identidad de sujetos, objeto y causa, si la decisión del juez popular es desestimatoria, y surgen nuevas pruebas trascendentales que puedan variar la decisión anterior, es posible un nuevo pronunciamiento judicial para proteger los derechos colectivos.

En los términos expuestos, la Corte, para garantizar los derechos al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y el principio de efectividad de los derechos colectivos, procederá a declarar la exequibilidad condicionada del artículo 35 de la Ley 472 de 1998, bajo el entendido que las sentencias que resuelven los procesos de acción popular hacen tránsito a cosa juzgada respecto de las partes y del público en general, salvo cuando surjan con posterioridad a la sentencia desestimatoria, nuevas pruebas trascendentales que pudieran variar la decisión anterior.”⁹

Al descender estas consideraciones al *sub lite*, se tiene que está configurada la excepción de cosa juzgada en relación con la discusión que el actor popular pretende reabrir en torno a la ejecución del contrato de compra de corbetas celebrado en 1980 por el Ministerio de Defensa Nacional y unas compañías alemanas, toda vez que la Sección Primera de esta Corporación mediante una sentencia en firme de 31 de julio de 2003, Exp. AP 25000232500200186 01 con ponencia de la Consejera Olga Inés Navarrete Barrero, resolvió este asunto, decisión que vincula con carácter inmutable y definitivo e impide una nueva decisión, como pretende el actor.

En este caso se configuran los dos presupuestos para hablar de cosa juzgada en sede popular : i) **identidad de causa de pedir** *eadem causa petendi* (el fundamento fáctico que se invoca a este respecto guarda identidad con las tres decisiones adoptadas en las acciones populares ya decididas por esta Corporación: la no liquidación de un contrato celebrado por el Ministerio en 1980 para la compra de unas corbetas) y ii) **identidad de objeto** *idem corpus* (se pretende la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 622 de 2007, MP Rodrigo Escobar Gil.

patrimonio público mediante una orden judicial que proteja el erario de las presuntas irregularidades al no ordenar la liquidación del contrato de 1980). Y aunque también hay identidad en cuanto hace al actor popular, esta circunstancia no es relevante -como ya se precisó- en este tipo de procesos.

Lo anterior significa que la Sala entiende que como este asunto ya fue decidido, corresponde a la parte actora acatar la resolución judicial que le puso término, y sobre la cual ya no procede recurso alguno, sin que le sea permitido plantearla de nuevo¹⁰. Atañe, además, al juez popular respetar y hacer respetar la fuerza obligatoria de esa sentencia y de sus efectos jurídicos, que es preciso cumplir.

Lo contrario sería prohiar la incertidumbre, la indefinición y la inseguridad jurídicas en una relación litigiosa, con grave perjuicio para el interés general, y permitir de paso la prolongación indefinida, desconociendo los efectos vinculantes de un fallo judicial y de paso deslegitimando el ejercicio de la función jurisdiccional.

Que dicha decisión vincula con efectos inmutables y definitivos y que no es posible que se vuelva a plantear esta materia, ya se lo había advertido esta misma Sala al actor en sentencia de 11 de septiembre de 2.003, Rad.: AP-25000232700020010925701, No. Interno: 496, Actor: Marceliano Rafael Corrales Larrarte, Demandado: Nación- Ministerio de Defensa Nacional, C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, antes reseñada y la Sección Quinta en sentencia de 16 de octubre de 2003, Rad. 25000-23-25-000-2002-0104-02(AP), Actor: Marceliano Rafael Corrales Larrarte, Demandado: Ministerio de Defensa Nacional, CP Darío Quiñones Pinilla.

Conviene anotar que la Sección Cuarta de esta Corporación en sentencia de 25 de marzo de 2004 Rad. 1100103150002003-01102 CP Ligia López confirmó en segunda instancia la decisión de tutela de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado que mediante sentencia de 27 de noviembre de 2003 negó el amparo interpuesto por el actor, contra la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado. Mediante proveído de 28 de abril de 2004 la Sección Cuarta negó las solicitudes de adición y aclaración de la Sentencia del 25 de marzo de 2004 formuladas por el actor. Ahora, la Corte Constitucional en sede de selección, decidió no escoger el expediente T 0931799,

¹⁰ DEVIS Echandía, Hernando, "Teoría General del Proceso", Ed. Universidad, Buenos Aires, Pág. 60

correspondiente a la tutela antes referida, según auto de 30 de junio de 2004, el cual fue comunicado el 9 de julio siguiente y devuelto al juzgado de origen el 13 de agosto del mismo año.¹¹

Por lo demás, el mismo actor formuló también tutela contra la sentencia de 11 de septiembre de 2.003, Rad.: AP- 25000232700020010925701, No. Interno: 496, Actor: Marceliano Rafael Corrales Larrarte, Demandado: Nación- Ministerio de Defensa Nacional, C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, la cual fue negada en primera instancia en sentencia de 7 de octubre de 2003, Exp. 11001 03 15 000 2003 01108 01 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, C.P. Reinaldo Chavarro Buriticá, decisión que fue confirmada por la Sección Cuarta de esta Corporación, en sentencia de 4 de diciembre de 2003, CP Juan Ángel Palacio Hincapié.

En este caso también la Corte Constitucional, en sede de selección, decidió no escoger el expediente T 1017690, correspondiente a esta acción de tutela, según auto de 6 de diciembre de 2004, el cual fue comunicado y notificado por estado el 10 de diciembre siguiente.¹²

No debe perderse de vista que una vez concluido el proceso de selección para revisión y precluido el lapso establecido para insistir en la selección de un proceso de tutela para revisión (art. 33 del Decreto 2591 de 1991 y art. 49 a 52 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional), opera -conforme lo dispuesto por el artículo 243 CN- el fenómeno de la **cosa juzgada constitucional**, y por lo mismo “ *[u]na vez ha quedado definitivamente en firme una sentencia de tutela por decisión judicial de la Corte Constitucional, no hay lugar a reabrir el debate sobre lo decidido*” como lo señaló la Corte en sentencia de unificación¹³.

En el *sub lite* no se presentó la situación excepcional planteada por la justicia constitucional en la citada providencia C 622 de 2007, en el sentido que con posterioridad a la sentencia desestimatoria, nuevas pruebas trascendentales hubieran surgido que pudieran variar la decisión tomada por la Sección Primera de esta Corporación en este punto.

¹¹ Según consulta en www.constitucional.gov.co

¹² Según consulta en www.constitucional.gov.co

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU 1219 de 2001, MP Manuel José Cepeda Espinosa.

En consecuencia, la Sala en este punto modificará la decisión recurrida y declarará probada la excepción de cosa juzgada, que puede ser declarada oficiosamente dado su carácter mixto toda vez que, no obstante su naturaleza perentoria, recibe el trámite propio de una excepción previa, lo que significa que puede ser propuesta por la parte demandada en su escrito de contestación y en caso de no hacerlo, podrá el fallador decretarla de oficio, en al proferir sentencia¹⁴.

3. Fijación del litigio en esta instancia

Aclarado que sobre la materia en la que media cosa juzgada la Sala no entrará a pronunciarse, pasa a estudiar el resto de la controversia. La demanda cuestiona la orden de servicios No. 046 de 7 de junio de 2004 suscrita por la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional y el abogado Edmundo del Castillo Restrepo y al efecto formuló las siguientes imputaciones:

i) El Ministro de Defensa Nacional al delegar en la Secretaria General y ésta a su vez en la Directora Administrativa la suscripción del contrato violaron la prohibición de delegar lo delegado. Solicitó en consecuencia la nulidad del contrato y de los conceptos (sic) y actos administrativos expedidos al efecto;

ii) El Ministerio cuenta con 72 abogados capacitados para liquidar cualquier contrato de la entidad, por lo que no era necesario contratar un asesor externo. No se verificó por la Coordinación del Grupo de Talento Humano del Ministerio de Defensa Nacional si había personal suficiente capacitado para prestar los servicios profesionales especializados para conceptuar y liquidar el contrato de las corbetas de 1980.

Sin embargo, el demandante formuló una nueva imputación contra los accionados en los alegatos de primera instancia al afirmar que el abogado contratista del Ministerio no ha cumplido ha cabalidad el contrato ya que *“no ha especificado si se liquida o no el contrato [de 1980] y si se cobran o no las multas y si se cobran o*

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 11 de diciembre de 2003, rad. 25000-23-25-000-2002-01652-01(AP), Actor: Ivan David Brieve Maldonado, Demandado: Empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

no las diferencias de precios, dejó varios conceptos a merced del Ministro para que escogiera (...)". Nótese que en la relación fáctica que sirvió de fundamento a sus pretensiones, el actor popular nada dijo sobre esta nueva imputación.

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

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

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

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

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

Una y otra limitantes a los amplios poderes del juez popular, se erigen en una garantía del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 Constitucional). Con esta perspectiva, los ordinales a) b) y c) del artículo 18 de la ley 472 señalan que para promover una acción

popular debe indicarse el derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado, los hechos que motivan la petición y la enunciación de las pretensiones, respectivamente. En la misma línea garantista, el inciso segundo del artículo 5º de la ley 472 dispone que el juez popular velará por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes, preceptiva que reproduce, en sede popular, el mandato general contenido en el artículo 9º de la ley Estatutaria de Administración de Justicia.”¹⁵ (se subraya)

De modo que, en punto de la *causa petendi*, el juez popular también debe observar el principio de congruencia (art. 305 CPC) según el cual la sentencia debe estar en consonancia con los hechos aducidos en la demanda que impone la imparcialidad del juez. Identidad jurídica entre lo resuelto y los supuestos fácticos invocados que impone la garantía del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.N.)¹⁶.

Principio de congruencia que si bien no reviste en sede popular los visos rígidos y absolutos que lo distinguen en procesos ordinarios, en todo caso la decisión final debe referirse al curso que vayan tomando los hechos y no se contrae exclusivamente a los indicados en el escrito de demanda, siempre y cuando -ha precisado la Sala- *“la conducta que se sigue desplegando sea aquella acusada como trasgresora por el actor popular desde la demanda”*¹⁷.

Conviene destacar que el aparte b) del artículo 18 de la ley 472 dentro de los requisitos de la demanda exige la indicación de los hechos, actos, acciones u omisiones que motivan su petición, en orden a garantizar el derecho de defensa del accionado. A este propósito conviene reiterar el criterio de la Sala:

“(…) cuando durante el transcurso del proceso el trasgresor continúa con la realización de las conductas que desde un comienzo el actor indicó como vulnerantes del derecho colectivo cuya protección ha demandado, la sentencia debe pronunciarse no sólo en relación con los hechos de la demanda y los argumentos de la defensa, sino que además deberá referirse al curso que vayan tomando los hechos, a efectos de que la decisión tenga la

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

¹⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, Tomo I, Decimotercera edición, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1994, Pág. 57.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 16 de abril de 2007, Radicación número: AP 4400123310002004000640 01, Actor: Alex Adolfo Pimienta Solano, Demandado: Municipio de Albania y otros, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

virtualidad de abarcar con efectividad la protección de los derechos colectivos que encuentre vulnerados, con la condición de que la conducta que se continúa sea aquella acusada como transgresora desde la demanda, en aras de garantizar el debido proceso en una de sus manifestaciones más importantes, el derecho de defensa. Es decir, no puede el juez juzgar hechos cuya existencia no le ha sido puesta de presente en las oportunidades de que disponen las partes dentro del proceso."¹⁸

En consecuencia, la Sala no entrará a estudiar la nueva imputación formulada por el accionante en cuanto se apoya en razones fácticas distintas a las que sirvieron de *causa petendi* al escrito de demanda popular, en franca violación del derecho de contradicción de los accionados.

4. La autonomía de la acción popular y el estudio de contratos estatales en sede popular

En su escrito de oposición la entidad accionada indicó que la acción popular no tiene por objeto el control de legalidad de los contratos estatales. Asimismo, el abogado demandado propuso como excepción de mérito la de improcedencia de la acción popular, ya que a su juicio es el juez ordinario a quien corresponde decidir sobre la nulidad de los contratos estatales y la acción popular no puede ser la vía para tal declaración.

A diferencia de la acción de tutela que procede sólo cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial salvo que se utilice como mecanismo transitorio (art. 86 inc. 3º y numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991) y de la acción de cumplimiento que es improcedente cuando el afectado tenga otro medio de defensa judicial o cuando la protección de los derechos pueda ser garantizada mediante la acción de tutela (art. 9 de la ley 393 de 1997), la acción popular ostenta el carácter de autónoma o principal, habida consideración de su objeto y por ello su procedencia no está subordinada a que no existan otros medios de defensa judicial. Así lo ha señalado en forma reiterada la jurisprudencia, con apoyo en lo dispuesto por la ley 472 que desarrolla el artículo 88 Constitucional:

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 16 de marzo de 2006, Radicación número: AP-130012331000200300239-01, Actora: Luz Yolanda Morales Peña, Demandado: Lotería de Bolívar, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

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

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

‘Los derechos en cuestión propenden por (sic) la satisfacción de necesidades de tipo colectivo y social, y se diseminan entre los miembros de grupos humanos determinados, quienes los ejercen de manera idéntica, uniforme y compartida. Por su naturaleza e importancia, requieren un reconocimiento en la nueva Carta que fomente la solidaridad entre los habitantes del territorio nacional para la defensa de vitales intereses de carácter colectivo y que propicie la creación de instrumentos jurídicos adecuados para su protección (...) De otra parte, subsisten acrecentadas las razones que en la historia de las instituciones jurídicas justificaron en su momento la aparición de estas acciones para defender los intereses de la comunidad (...)’¹⁹

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

‘Se trata, pues, de la defensa especial de unos derechos o intereses cuya titularidad recae en toda la comunidad²⁰ y, por lo mismo, su prosperidad no puede desvirtuarse, por haberse interpuesto simultáneamente las acciones ordinarias²¹ pertinentes.

‘(...) Así las cosas, la existencia de otros medios de defensa judicial (como son las acciones tradicionales objeto de la jurisdicción en lo

¹⁹ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Informe de ponencia para primer debate sobre derechos colectivos, Ponentes Iván Marulanda et al., en GACETA CONSTITUCIONAL No. 46, Bogotá, lunes 15 de abril de 1991, p. 21 y ss.

²⁰ Sobre el origen de los derechos colectivos Vid. PISCIOTTI CUBILLOS, Doménico, Los Derechos de la tercera generación, los intereses difusos o colectivos y sus modos de protección, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 36.

²¹ “Su finalidad es pública; no persiguen intereses subjetivos o pecuniarios, sino proteger a la comunidad en su conjunto y respecto de sus derechos e intereses colectivos” (RODAS, Julio César. Marco Constitucional de los derechos colectivos, en Acciones Populares: documentos para debate, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 1994, p. 175). En el mismo sentido CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias T 008 de 1992, T 528 de 1992, T 427 de 1992, T 437 de 1992, T 067 de 1993, T 163 de 1993, T 225 de 1993, T 231 de 1993 y T 254 de 1993.

contencioso administrativo) en modo alguno torna improcedente su interposición.

‘(...) En tales condiciones se tiene que la acción popular no resulta improcedente por la existencia de otros medios judiciales de defensa, por no tener -como sucede con la acción de tutela (art. 86 inc. 3º) o la acción de cumplimiento (art. 9 de la ley 393 de 1997)- un carácter subsidiario²²; *a contrario sensu*, tiene un trámite preferencial frente a las acciones ordinarias (art. 6 Ley 472 de 1998) y su titularidad o legitimación por activa la tiene toda persona (arts. 12 y 13 de la ley 472 y art. 1005 del C.C.) justamente por la índole de los derechos involucrados²³, como se vio anteriormente.’²⁴

“En tal virtud, ese carácter principal está subordinado a que el móvil sea efectivamente la protección y tutela de derechos de carácter colectivo, habida cuenta que esta acción constitucional está diseñada para la defensa especial de los derechos e intereses de la comunidad y, por lo mismo, su procedencia está supeditada a que se busque la protección de un bien jurídico diferente al subjetivo: los intereses difusos o colectivos²⁵ o supraindividuales, de pertenencia difusa²⁶ que dan lugar a una legitimación colectiva en cabeza de la comunidad²⁷, bienes que son a la vez de cada uno y de todos²⁸ como

²² La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado una y otra vez el carácter subsidiario del amparo constitucional. En la primera sentencia proferida por esa Corporación se afirmó sin ambages: “la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la Carta le reconoce.” (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 001 de 1992)

²³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 6 de diciembre de 2001, Exp. AP 221, C.P. Alier E. Hernández Enríquez: Tales derechos “*intrínsecamente, deben poseer la virtualidad de comprometer en su ejercicio a toda la sociedad*” (Sentencia de 16 de marzo de 2000, Exp. AP 021), pues “*responden a la urgencia de satisfacer necesidades colectivas y sociales, y son ejercidos por los miembros de los grupos humanos de una manera idéntica, uniforme y compartida*” (sentencia AP 043 de 1 de junio de 2000).

La defensa judicial de un derecho colectivo: “*no supone la existencia de una verdadera litis, pues su objeto no es la solución a una controversia, sino la efectividad de un derecho colectivo haciendo cesar su lesión o amenaza o que las cosas vuelvan a su estado anterior si fuere posible*” (CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 11 de marzo de 2003, Exp. AP 11001031500020021011-01)

²⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 5 de octubre de 2.005, actor: Procuraduría General de la Nación, demandado: Amadeo Tamayo Morón, Rad. 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01, C. P. Ramiro Saavedra Becerra. En el mismo sentido CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 10 de febrero de 2005, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01, Actor: Exenober Hernández Romero, Referencia: AP – 00254 Acción Popular, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

²⁵ CAPPELLETTI, Mauro, La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civile -Métamorphoses de la procédure civile-, Revue Internationale de Droit Comparé- RICD, janvier-mars, 1975.

²⁶ NICOTRA, Norberto, La Defensoría del Pueblo y las acciones populares: experiencia argentina, en V.V.A.A. Acciones populares y de grupo, nuevas herramientas para ejercer los derechos colectivos, Memorias del Seminario Internacional de Acciones populares y de grupo, Defensoría del Pueblo, Biblioteca de Derechos Colectivo, Ed. Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 74.

²⁷ BEJARANO GUZMÁN, Ramiro. Las acciones populares, Ediciones Forum Pacis, 1993, p. 13.

²⁸ BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo, La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, Editorial José María Bosch, primera edición, Barcelona, 1995, p. 81.

un *‘remedio procesal colectivo frente a agravios y perjuicios públicos’* en palabras de Sarmiento Palacio²⁹.

“Conforme a lo anterior, aunque por su carácter principal puede concurrir -como lo ha señalada la Sala- con la existencia de otros medios de defensa judicial³⁰, su procedencia está subordinada a que mediante su interposición se pretenda la tutela de un interés o derecho colectivo.”³¹

Con esta perspectiva, la jurisprudencia tiene establecida la procedencia de la acción popular cuando la conducta vulnerante del derecho o interés colectivo sea un contrato estatal, toda vez que -como ya se indicó- se trata de un instrumento procesal principal y autónomo que sin duda se constituye en instituto idóneo para la protección de los derechos e intereses colectivos, con independencia de la naturaleza de la conducta vulnerante.

En efecto, el inciso segundo del artículo 40 de la ley 472 de 1998 al regular el incentivo económico en acciones populares sobre moralidad administrativa dispuso:

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

En consonancia el artículo 9 al ocuparse de la procedencia de las acciones populares establece que estas proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos, supuesto normativo que evidentemente cobija a la actividad contractual del Estado como una modalidad de gestión pública que ha de guiarse entre otros por los principios de moralidad, eficacia, economía, imparcialidad y

²⁹ SARMIENTO PALACIO, Germán, Las acciones populares en el derecho privado, Cabildo, No. 14, mayo de 1989.

³⁰ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 10 de febrero de 2005, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01, Actor: Exenober Hernández Romero, Referencia: AP – 00254 Acción Popular, C.P. María Elena Giraldo Gómez. En el mismo sentido, SECCIÓN PRIMERA, Auto de mayo 24 de 2001, Exp. AP 076, C.P. Olga Inés Navarrete; SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 9 de septiembre de 2004, Rad. 25000-23-27-000-2003-00571-01, AP 571, Actor Mario Efrén Sarmiento Riveros y otros contra la Superintendencia de economía solidaria; SECCIÓN TERCERA, Sentencia del 17 de junio de 2001, Exp. AP-166, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

³¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 22 de febrero de 2007, Rad. AP-19001-23-31-000-2004-01678-01, Actor: Sixto Orobio Montaña Y Otros, Demandado: Registraduría Nacional del Estado Civil– Regional Guapi y otros, C. P. Ruth Stella Correa Palacio

publicidad³², en tanto ella se constituye en un instrumento básico para el cumplimiento de los fines del Estado.

No debe perderse de vista que las relaciones contractuales del Estado son una expresión nítida de la función administrativa, pues como afirma Escola:

“El contrato administrativo no es sino una forma de la actividad administrativa, es decir, de aquella actividad estatal ‘que tiene por objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos -que pueden ser reglamentarios, subjetivos o actos-condición- y operaciones materiales’ (Sayagués). La actividad administrativa es, en esencia, una actividad teleológica, que está enderezada al logro de una finalidad, la cual es la satisfacción de las necesidades colectivas y la obtención de los fines propios del Estado”³³:

En la misma línea del tratadista argentino, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que los negocios jurídicos en que sea parte el Estado son manifestación nítida de la función administrativa:

“por descontado se tiene que todo contrato estatal como expresión de la función administrativa (art. 209 C.N.)³⁴, tanto en su celebración como en su ejecución busca el cumplimiento de los fines estatales, por manera que los contratistas colaboran en el logro de los mismos y, en consecuencia, cumplen una función social que implica obligaciones (art. 3 ley 80 de 1993), o lo que es igual, las partes convergen en la satisfacción de un interés público³⁵ y ello es así - como afirma Vedel- porque el objetivo perseguido por la Administración ‘*debe ser siempre un objetivo de interés público*’³⁶, por ser éste el fin de la actividad del Estado.³⁷(...)”³⁸

³² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 449 de 1992

³³ ESCOLA, Héctor Jorge. Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Volumen I, Parte General, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 110 y ss.

³⁴ Art. 209 C.P. inciso segundo: “Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado...”

³⁵ Al decir de Casagne “[e]l contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo...La finalidad pública y no la competencia jurisdiccional es lo que define y tipifica la institución del contrato administrativo con rasgos peculiares que lo distinguen tanto del contrato civil entre particulares como del regido parcialmente por el derecho civil...”: (CASSAGNE, Juan Carlos. El contrato administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 15 y ss.)

³⁶ VEDEL...Op. Cit. p. 531.

³⁷ MARIENHOFF...Op. Cit. p. 81.

³⁸ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, auto de 16 de marzo de 2005, Radicación número 25000232600020020121601 (27.921), Actor: Eptisa Proyectos Internacionales S.A. y Otros, Demandado: Instituto Nacional de Vías-Invias, Referencia: Contractual recurso ordinario de reposición, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En el

Por manera que la contratación estatal en tanto compromete intereses colectivos de diversa índole (moralidad, patrimonio público, entre otros) es pasible de ser estudiada en sede popular, por lo que la excepción propuesta no tiene vocación de prosperidad.

Tampoco está llamada a prosperar la excepción la falta de legitimación pasiva propuesta por el abogado Edmundo del Castillo quien estimó que no está vinculado como accionado a este proceso popular.

En el *sub judice* se cumplió con el presupuesto de la legitimación en la causa por pasiva, en cuanto el actor dirigió la demanda contra las dos partes contratantes. Y cuando se discute en sede popular si un contrato estatal vulnera o amenaza un interés colectivo, quienes tienen vocación jurídica para obrar como demandados en este tipo de procesos son por supuesto ambas partes y por ello atinó el *a quo* tanto al vincular como demandado también al abogado contratista, como al despachar negativamente la excepción propuesta. Decisión que, en consecuencia, será confirmada.

5. De la determinación de vulneración a los derechos colectivos invocados.

5.1 Moralidad administrativa

Frente a lo que se entiende por moralidad administrativa, la Sala precisó, en tesis que ha sido constantemente reiterada³⁹, que en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (Art. 1), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (Art. 209 *ibidem*), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que

mismo sentido CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de noviembre 25 de 2004, Radicación: 110010326000200300055-01, Expediente: 25560, Ref. Recurso de anulación de laudo arbitral, Actor: Sociedad Centrimed Ltda., Demandado: Hospital Militar Central.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2002. Exp. No. AP-059; Exp. No. AP-166 y AP-170 de 2001.

debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

Desde esta perspectiva, ha de considerarse como contrario a la moralidad administrativa toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder.

La jurisprudencia de la Corporación ha ido precisando el concepto de moralidad administrativa, como derecho colectivo que puede ser defendido por cualquier persona, del cual se destacan estas características: *“a) es un principio que debe ser concretado en cada caso; b) al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación; c) en la práctica, la violación de este derecho colectivo implica la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza.”*⁴⁰

Igualmente ha hecho énfasis la Sala en la utilidad del principio de legalidad a la hora de determinar la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, en tanto la conclusión de su vulneración no depende del concepto personal del juez sobre lo que considera moral, sino de la justificación que la actuación cuestionada encuentre en el ordenamiento jurídico, eliminando de esa forma cualquier consideración de carácter subjetivo en la inferencia que encuentre el juez en torno ó no de ese derecho⁴¹.

En el *sub lite* de las dos imputaciones formuladas por el accionante y que pueden estudiarse en esta oportunidad, no aparece configurada violación o amenaza alguna a este interés colectivo.

5.1.1 La primera imputación se hizo consistir en que el Ministro de Defensa Nacional al delegar en la Secretaria General y ésta a su vez en la Directora Administrativa la suscripción del contrato violaron la prohibición de delegar lo delegado.

⁴⁰ Sentencia proferida por la Sección Tercera el 31 de octubre de 2002, Exp. AP-059. En el mismo sentido ver sentencias AP-166 y Ap-170 de 2001.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de junio de 2005. Exp. No. AP-720.

La Constitución en su artículo 209, al enlistar los principios que orientan la función administrativa, previó a la “**delegación**”. Postulado que la jurisprudencia constitucional agrupa junto con la “*descentralización*” y “*desconcentración*” bajo el calificativo de “*principios organizacionales*”⁴².

El artículo 211 Constitucional, por su parte, lo trata como un mecanismo jurídico que permite el mejor cumplimiento de las funciones administrativas y el logro de los fines del Estado, al prever que la ley fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades. De suerte que si bien constitucionalmente es admitido delegar funciones, es requisito *sine qua non* la mediación de una ley previa que la autorice

La delegación es, entonces, un fenómeno de transferencia de funciones o competencias administrativas a personas o funcionarios para que actúen de manera independiente y definitiva, pudiendo el delegante reasumir la competencia y revocar la decisión, según lo determine la ley que permita la delegación, tal y como se indicó en la Asamblea Nacional Constituyente. Allí se precisó, además, que la titularidad de la función no se pierde por parte del delegante y que tampoco se rompe con su responsabilidad, que radica entonces en quien delega como en quien se delega⁴³.

Según la jurisprudencia constitucional, la delegación tiene una doble finalidad, por una parte, busca preservar la separación de funciones y así evitar la concentración de poder como una garantía más para el normal funcionamiento del aparato estatal ⁴⁴ y, por otra, evitar que se desatienda, diluya o desdibuje la gestión a cargo de las autoridades públicas⁴⁵.

Se trata pues de una “*atenuación de la centralización*” o si se quiere, de una excepción al principio de *improrrogabilidad de la competencia* como lo ha indicado la jurisprudencia de la sección primera de esta Corporación⁴⁶, por cuya virtud las

⁴² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 561 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁴³ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Informe a la Comisión Tercera, Rama Ejecutiva del poder público, en Gaceta Constitucional del 29 de abril de 1991.

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 082 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 372 de 2002, MP Jaime Córdoba Triviño.

autoridades administrativas están habilitadas por ley para transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores, tal y como lo establece el inciso primero del artículo 9 de la ley 489 de 1998.

Al regular las condiciones que deben reunirse para que las autoridades administrativas puedan hacer uso de esta técnica de manejo administrativo de las competencias, este mismo precepto dispone que en tratándose de los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa que estas autoridades podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivos y asesor vinculados al organismo correspondiente.

Delegación que se hará con el propósito de dar desarrollo a los **principios de la función administrativa** enunciados en el artículo 209 de la Constitución (que la jurisprudencia constitucional clasifica en tres grupos: i) **“finalístico”**: el interés general; ii) **“funcionales”**: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad y iii) **“organizacionales”**: Descentralización, delegación y desconcentración de funciones⁴⁷) y en la ley 489, que en su artículo 3º añade a los previstos en esa norma constitucional los siguientes que tienen fuente también en la Carta: buena fe (art. 83 CN), eficiencia, participación (art. 1 y preámbulo), responsabilidad (arts. 2, 6 y 90 CN).

La delegación es, pues, un instituto que tiene por objeto racionalizar la función administrativa, y está diseñado para descongestionar los despachos públicos, sobre la base de que el mejor funcionamiento de la Administración Pública exige una división técnica del trabajo. Así lo puso de relieve la Corte al declarar la exequibilidad del artículo 9 de la ley 489 en comento:

“El artículo 211 de la Constitución Política, señala que la **ley** fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Sentencia de enero 24 de 2002, Rad. 25000-23-24-000-1998-0455-01(7217), Actor: Fruto Eleuterio Mejía López, Demandado: Superintendencia de Sociedades, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C 496 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C 561 DE 1999, MP Alfredo Beltrán Sierra.

en sus subalternos o en otras autoridades; es decir, al órgano legislativo, le corresponde dentro del ámbito de sus funciones y, en el marco que le fija la Constitución, señalar las condiciones a las cuales se sujetará ese acto de delegación, y, además, señalar de manera expresa, en quiénes podrá recaer, es decir, cuáles serán los funcionarios destinatarios de tal delegación.

Entonces, considera la Corte, que el artículo demandado no hace otra cosa que desarrollar la norma constitucional mencionada, al señalar los empleados en los cuales puede recaer el acto de delegación. Y, es que, por lo demás así debe ser, se observa razonable, como quiera que las autoridades administrativas a quienes se autoriza a delegar funciones, a las que se refiere la norma, no son otras, que los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa, de una parte; y, de otra, en la misma disposición acusada se indica en quiénes se puede delegar, a saber, 'en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente', lo que no vulnera la Constitución.

A propósito, se observa por la Corte, que los empleados públicos que se encuentran al frente de estos organismos tienen una delicada tarea a desarrollar y, es por esta razón, que la misma Constitución Política los faculta para delegar el ejercicio de sus funciones, defiriendo a la ley, el señalamiento de las condiciones de ese acto de delegación. Así pues, también la ley, al fijar o señalar esas 'condiciones' debe tener en cuenta, la relevancia y trascendencia de las funciones delegables y, por lo tanto, indicar las personas que por sus calidades profesionales y cercanía con las personas que tienen a su cargo la dirección y manejo de las entidades mencionadas en el inciso precedente, pueden entrar en determinado momento a realizarlas bajo su responsabilidad, en el entendido eso sí, de que actúan bajo las orientaciones generales que le indique el titular de la función, sobre el ejercicio de las funciones delegadas, como lo establece la misma Ley 489 de 1998 en el artículo 10.

Se busca de esta manera, una racionalización de la función administrativa, que en los mismos términos de la Carta, debe estar al servicio de los intereses generales y, ha de desarrollarse con fundamento en los principios de 'igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones'.

No es de recibo, por tanto, la interpretación que de la norma hace el actor, ni sus argumentos, por cuanto, no se puede predicar que el acto de delegación de las autoridades administrativas presente una discriminación respecto de los demás servidores públicos de los niveles ejecutivo, profesional, administrativo, etc., ya que, dichos servidores públicos también colaboran en la medida de sus competencias, en el desarrollo y ejecución de las funciones que les son propias a las entidades, pero como se dijo, la delicada naturaleza de las funciones que desarrollan estos organismos, hacen que el acto de delegación en los empleados públicos de los niveles

directivo y asesor sea razonable y carente por completo de vicio alguno de inconstitucionalidad.”⁴⁸

En cuanto a los **elementos constitutivos**, el artículo 10 de la citada ley 489 prescribe los requisitos que debe reunir el acto administrativo motivado de delegación: i) siempre será escrito (**presupuesto de forma**); ii) se determinará la autoridad delegataria (**presupuesto subjetivo**) y iii) se señalarán las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren (**presupuesto objetivo o material**). De ahí que, en tratándose de este mecanismo de transferencia de atribuciones administrativas, quien realiza y revoca la delegación es la autoridad administrativa titular de la función.

Por su parte, el artículo 11 de la citada ley, establece las **funciones que no pueden ser materia de delegación** (se da por descontado que se transfiere la competencia mas no la titularidad de la función⁴⁹), así: i) la expedición de reglamentos de carácter general, salvo los casos expresamente autorizados por la ley, como en el evento de las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios, conforme al artículo 68 de la ley 142⁵⁰ (decreto 1524 de 1994); ii) las funciones, atribuciones y potestades recibidas por el delegatario y iii) Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación.

En cuanto al **régimen de los actos del delegatario**, el artículo 12 de la ley 489 establece que los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarán sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas.

La misma norma prescribe en su inciso segundo que la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 CN, la autoridad pueda en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a lo dispuesto por el CCA.

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 561 DE 1999, MP Alfredo Beltrán Sierra.

⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 936 de 2001, MP Manuel José Cepeda Espinosa

⁵⁰ Declarado exequible CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 272 de 1998.

Sin embargo, el párrafo 4º del artículo 2º de la ley 678, que regula la acción de repetición⁵¹, dispuso que en materia contractual el acto de la delegación no exime de responsabilidad legal en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante, el cual podrá ser llamado a responder de conformidad con lo dispuesto en esta ley, solidariamente junto con el delegatario.

Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional en el entendido que sólo puede ser llamado el delegante cuando haya incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones.

A juicio de la Corte, no es admisible que el acto de delegación pueda constituir una “*barrera de protección o inmunidad*” para el delegante, pero tampoco éste puede responder siempre por las decisiones que tome el delegatario, ya que se trata de dos alternativas incompatibles con los principios que gobiernan la responsabilidad del servidor público. Ello en atención a que no es posible darle una lectura aislada y meramente literal al artículo 211 Constitucional, que protegiera automáticamente al delegante, pues con esta interpretación se dejarían de lado los principios de unidad administrativa y de titularidad de los empleos públicos, como fundamento de la competencia de las autoridades públicas. Pero tampoco es admisible el extremo opuesto según el cual el delegante responderá siempre por las actuaciones del delegatario, por cuanto se abandonaría el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos, de tal manera que inexorablemente respondan por las decisiones de otros⁵².

Asimismo en cuanto hace a la **delegación en materia de contratación**, el párrafo del artículo 12 de la ley 489 en cita prescribe que el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad civil y penal al agente principal.

Conviene aclarar que en consonancia con este precepto, si bien es cierto que la competencia para celebrar contratos estatales fue radicada por la ley en el jefe o representante legal de la entidad estatal (art. 11 de la ley 80 de 1993⁵³), el artículo

⁵¹ Diario Oficial No. 44.509, de 4 de agosto de 2001.

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 372 de 2002, MP Jaime Córdoba Triviño

⁵³ Vid. CORTE CONSTITUCIONAL sentencias C-374 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía y C-178 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

12 *eiusdem*⁵⁴ señala que los titulares de dicha atribución podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos, así como autoriza “desconcentrar” en los servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes, para que de esta suerte participen en la gestión de la actividad contractual de la entidad estatal.

En este punto, el artículo 37 del decreto 2150 de 1995 dispuso que los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para la realización de licitaciones o concursos o para la celebración de contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.

Ahora, recientemente la Sala indicó que el artículo 12 de la ley 80 de 1993 sólo permite la distribución de competencias contractuales al interior de la misma persona jurídica para efectos de su ejercicio. Precisó, además, que no es posible intentar vaciar de contenido la actividad contractual a cargo del representante legal de una entidad y por lo mismo la actividad contractual no es un servicio sino un instrumento para el cumplimiento de los fines del Estado y por lo tanto no es “descentralizable”.

Dijo la Sala al decretar la suspensión provisional de un decreto municipal que crea una unidad administrativa especial encargada de toda la actividad contractual del ente territorial:

“ (...) la ley 80 tan sólo previó dos fenómenos: i) la delegación o transferencia total o parcial de la competencia para celebrar contratos la cual implica que la titularidad de la función no se pierde por parte del delegante y tampoco se rompe su responsabilidad, y ii) la “desconcentración” de la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes; “desconcentración” en materia de contratación estatal que si bien no corresponde exactamente a la figura prevista en el artículo 8º de la ley 489 en tanto ésta alude a la radicación de competencias en ‘dependencias’ al paso que aquella se refiere a la asignación de funciones contractuales en ‘servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes’, lo cierto es que obedece a un fenómeno similar: **la distribución de competencias al interior de la misma persona jurídica para efectos de su ejercicio.**

⁵⁴ Declarado exequible CORTE CONSTITUCIONAL sentencia C-374 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía.

(...)Sin que sea menester entrar a un análisis de fondo de la situación controvertida, se advierte con el solo cotejo del decreto demandado con la normatividad superior, que se presenta con claridad meridiana su trasgresión y desconocimiento como que la norma acusada que “*descentraliza*” toda la actividad contractual del nivel central del municipio, contradice en forma abierta lo dispuesto por el artículo 12 de la ley 80, que tan sólo autoriza la delegación de la competencia para celebrar contratos y la “desconcentración” de la realización de licitaciones o concursos en funcionarios subalternos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o sus equivalentes y no la asignación de las funciones contractuales del alcalde, en tanto representante legal del municipio, a una persona jurídica diferente de derecho público de carácter administrativo como evidentemente es la Unidad Administrativa Especial para la Contratación Pública del Municipio de Villavicencio-UNEV.

En otros términos, con la medida adoptada por el alcalde se evidencia la ostensible infracción del artículo 12 de la ley 80, deducible de la simple confrontación directa con el decreto demandado, habida cuenta de que no sólo **vacía de contenido la competencia contractual** a cargo del representante legal del ente estatal, al prever una inédita descentralización funcional en franca y abierta contradicción con la mera autorización de delegación o “desconcentración” previstas para tales efectos por el artículo 12 de la ley 80, la cual se aprecia de su simple cotejo, sino que simultáneamente **desnaturaliza la descentralización por servicios** al trasladar a una nueva persona jurídica de derecho público íntegramente una atribución como es la contratación, la cual propiamente no constituye un servicio a cargo del nivel central susceptible de descentralizar funcionalmente, sino que se trata de un instrumento para el cumplimiento de los fines a cargo del ente territorial, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos a su cargo y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.”⁵⁵

La Ley 1150 de 2007 en su artículo 21 adicionó el artículo 12 de la ley 80 en el sentido de señalar que en ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual. Y agregó en un párrafo de la misma norma que para los efectos de contratación estatal, se entiende por “desconcentración” la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades

⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 30 de enero de 2008, rad. 500012331000200601116 01 (34.143), Actor: Contraloría Municipal de Villavicencio, Demandado: Municipio de Villavicencio, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso.

En el *sub judice*, quedó establecido en el plenario que según Resolución No. 264 de 2006 el Ministro de Defensa Nacional delegó en la Directora Administrativa la suscripción de contratos cuya cuantía vaya de 0 a 5.000 SMLMV. También está acreditado que la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional y el abogado Edmundo del Castillo Restrepo el 7 de junio de 2004 suscribieron la orden de servicios No. 046, por un valor de cinco millones de pesos “*que equivale a 13.97 SMLMV*”.

La transferencia de la función de celebrar contratos hasta la cuantía indicada la hizo el Ministro Delegante a una funcionaria del nivel directivo del organismo correspondiente: La Directora Administrativa, con objeto precisamente de racionalizar la función administrativa contractual, en orden a un mejor funcionamiento de la entidad.

Igualmente aparece demostrado con la probanza documental allegada que el acto administrativo de delegación reunió todos los presupuestos que exige el artículo 10 de la ley 489: i) **presupuesto de forma** (la Resolución No. 264 de 2006 es un acto administrativo motivado y por escrito); ii) **presupuesto subjetivo** (se determinó con precisión la autoridad delegataria: el Director Administrativo del Ministerio) y iii) **presupuesto objetivo o material** (se señaló la función contractual cuya atención y decisión fueron transferidas: la suscripción de contratos cuya cuantía vaya de 0 a 5.000 SMLMV).

La prueba también revela que la delegación efectuada no recae sobre algunas de las materias vedadas según lo previsto por el artículo 11 de la ley 489, en particular no se trata de una función recibida por un delegatario, pues justamente la dirección de los Ministerios corresponde al Ministro (art. 60 ley 489) en tanto jefe de la administración en su respectiva dependencia (art. 208 CN).

En ese orden de ideas, no existió como afirma el demanda “*doble delegación*” (primero en la Secretaria General y esta a su vez en la Directora Administrativa), al contrario, muestra la prueba recaudada que la delegación al Director Administrativo, fue realizada directamente por el titular de la función, esto es, por el Ministro de Defensa Nacional.

5.1.2 En la segunda imputación el actor aduce que el Ministerio cuenta con 72 abogados capacitados para liquidar cualquier contrato de la entidad, por lo que no era necesario contratar un asesor externo. No se verificó por la Coordinación del Grupo de Talento Humano del Ministerio de Defensa Nacional si había personal suficiente capacitado para prestar los servicios profesionales especializados para conceptuar y liquidar el contrato de las corbetas de 1980.

El inciso segundo inciso 2º del artículo 13 del decreto 2170 de 2002, reglamentario del numeral 3º del artículo 32 de la ley 80 de 1993 prescribió:

“De igual forma se procederá para la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad, los que sólo se realizarán cuando se trate de fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar. El contrato que se suscriba, contendrá como mínimo la expresa constancia de la circunstancia anterior, las condiciones de cumplimiento del contrato incluyendo el detalle de los resultados esperados y la transferencia de tecnología a la entidad contratante en caso de ser procedente.”

De conformidad con la norma transcrita, aplicable al caso *sub lite* como que estaba vigente a la época de los hechos, la celebración de **contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad**, sólo puede tener lugar en dos eventos: i) cuando se trate de fines específicos o ii) cuando no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar.

Se trata de dos hipótesis distintas las que regula la norma reglamentaria en comento: una relacionada con situaciones especiales que demanden “**trabajos específicos**” y otra muy distinta cuando se trate de situaciones en que la planta de personal no resulte suficiente para prestar el servicio que se contrata.

En otras palabras, la Sala destaca que aún en el supuesto en que haya funcionarios de planta suficientes, la norma reglamentaria autoriza para contratar con terceros en eventos particulares que supongan un “trabajo específico”. Precepto que ha de estudiarse en concomitancia con el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 objeto de reglamentación que exige que se trate de contratos que requieran conocimientos especializados.

Al hacer el estudio de legalidad del artículo 13 del decreto 2170, la Sala encontró ajustado a derecho en una providencia modulada en punto de una materia que no se discute en el *sub lite*. Dijo la Sala sobre esta modalidad de contratación:

“Sobre el particular, sea lo primero destacar que el contrato de prestación de servicios nació del contrato de arrendamiento o *locatio*, que tenía como modalidades de ejecución las obras (*locatio operis*), el transporte (*locatio conductio*), o los servicios personales (*locatio operarum*). Figura esta última que se generalizó para dar paso a la concepción actual de este negocio jurídico, al cual el Estado moderno ha recurrido, para cumplir las múltiples y crecientes funciones a su cargo y ante precisos requerimientos de conocimiento profesional, técnico, o científico o por insuficiencia del personal vinculado a su planta de personal a través de un acto condición (funcionarios) o mediante contrato de trabajo (trabajadores oficiales).

De ahí que, la necesidad de servicios para su funcionamiento o para el cumplimiento de actividades dirigidas a la sociedad, ha dado lugar a contratarlos con personas naturales o jurídicas externas, no vinculadas como servidores o funcionarios de la Administración, a través de contratos de prestación de servicios.

(...) es viable predicar las siguientes características y notas predominantes de los contratos de prestación de servicios:

a) Pueden ser celebrados por cualquier entidad estatal que tenga capacidad para contratar, según lo previsto en el artículo 2 numeral 1. de la Ley 80 de 1993.

b) Es posible su celebración con personas naturales o con personas jurídicas. Con personas naturales cuando se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad que no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Y, no obstante que la norma no lo señala, es conforme a derecho concluir que también es admisible suscribir este tipo de contratos con personas jurídicas, como así lo indica el artículo 24, numeral 1º, letra d), en el cual se señala la posibilidad de acudir a los mismos ‘[p]ara la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas (...).’

c) Tienen por objeto desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones a cargo de la entidad contratante, con la condición de que tales actividades o funciones no puedan cumplirse con el personal de planta por ser insuficiente o porque se requieran conocimientos especializados.

d) La relación que se genera entre entidad contratante y contratista no goza del carácter de relación laboral.

e) No pueden pactarse por término indefinido, sino por el plazo estrictamente necesario e indispensable (inciso 2o. del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993).

Precisamente, la naturaleza excepcional de este negocio jurídico de la administración y las dos últimas características anotadas previenen que no se utilice el contrato de prestación de servicios para establecer plantas paralelas con carácter permanente en las entidades públicas, en desconocimiento del régimen laboral, tal y como lo ha advertido esta Corporación al recalcar que no puede suplirse la vinculación de los servidores públicos a los cuadros del servicio oficial a través de estos contratos.⁵⁶

f) En el marco de la Ley 80 de 1993, los contratos que celebran las entidades públicas -incluyendo los de prestación de servicios- se rigen por las disposiciones civiles y comerciales que disciplinan el tipo negocial utilizado por la administración y las especiales previstas en dicho estatuto público contractual (artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993).

g) No son obligatorias las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, salvo en materia de prestación de servicios públicos, en los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, pero ello no obsta para que si se estima conveniente se puedan pactar.

De otra parte, el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que en el ordinal 1º establece los precisos eventos en los que la escogencia del contratista puede realizarse directamente, en la letra d) señala como uno de ellos *'la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas y tecnológicas.'* De esta norma del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública puede colegirse que los únicos contratos de prestación de servicios que permiten ser celebrados en forma directa involucran estas actividades: i) las profesionales, esto es, los que se prestan por personas que ejercen especialmente una profesión; ii) las de trabajos artísticos, es decir, relacionados con trabajos en las artes; y iii) las que tienden al desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas.

Como puede apreciarse, el contrato de prestación de servicios, en las voces del artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993, es una manera de vincular a los particulares para desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad y si bien aquellos que involucren servicios profesionales o ejecución de trabajos artísticos o el desarrollo de actividades artísticas se subsumen en una causal de contratación directa, no por ello se

⁵⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 1 de noviembre de 1994, Exp. 7960. También la CORTE CONSTITUCIONAL, en Sentencia C-154 de 1997, al declarar exequible el numeral 3º del inciso 2º del artículo 32, distinguió los contratos de prestación de servicios de los laborales y precisó que los primeros podía devenir en los segundos cuando se presentaran sus elementos (contrato realidad: subordinación, dependencia, etc), cualquiera que fuera la denominación que le haya dado la entidad pública.

puede aseverar que se trata de dos modalidades de contratos, unos regidos por el artículo 32 citado y otros por el artículo 24 numeral 1 letra d, pues lo cierto es que se refiere a un mismo tipo contractual, pero con procesos de selección que pueden ser disímiles.

Bajo este contexto normativo, la Sala considera que el hecho de que la ley no mencione los ‘contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad,’ a los que se refiere el inciso 2º del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002, no significa que se traten de una nueva modalidad de prestación de servicios que se introduce en el decreto reglamentario, puesto que ellos se enmarcan dentro de la definición genérica prevista en el ordinal 3º del artículo 32, por cuya virtud son contratos de este tipo ‘los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad’ los cuales, ‘solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados’, y que además bien podrían versar sobre los servicios que enuncia la letra d. del ordinal 1º del art. 24 de la Ley 80 de 1993, aspecto este último que incidiría en la modalidad de contratación.”⁵⁷

En el caso *sub lite*, como se indicó en el apartado dedicado a las probanzas de este proveído, el Ministro de Defensa certificó la necesidad de contratar un abogado externo para que rindiera un concepto sobre un contrato suscrito el 20 de junio de 1980 con las compañías alemanas Ferrostaal AG de Essen y Howaldtswerke Deutsche Werft Aktiengesellschaft Hamburg Und Kiel, para la construcción de las cuatro (4) corbetas misileras y el suministro de dos (2) helicópteros navales unas compañías alemanas para la compra de cuatro corbetas y dos helicópteros.

De la lectura de dicha certificación se desprende que la contratación con el abogado externo Dr. del Castillo se justificó en la necesidad de hacer frente a las objeciones que por años ha estado formulando el hoy actor popular:

“Que el Ministerio de Defensa Nacional, a través del Despacho de la Secretaría General, debe contratar los servicios profesionales especializados de un abogado con experiencia en derecho administrativo -área contratación administrativa, con el objeto de estudiar, preparar y emitir concepto sobre los siguientes aspectos, del contrato suscrito con las compañías alemanas Ferrostaal AG de

⁵⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 3 de diciembre de 2007, Rad. 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01 (25.206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01 (25.409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01 (24.524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00 (27.834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01 (25.410); 1100-10-326-000-2003-000-71-01 (26.105); 1100-10-326-000-2004-000-34-00 (28.244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01 (31.447) –acumulados-, Actores: Carlos Orlando Velásquez Murcia y otros, Demandado: Nación-Presidencia de la República y otros., Referencia: Acción de nulidad en contra del Decreto 2170 de 30 de septiembre de 2002., C.P. Ruth Stella Correa Palacio

Essen y Howaldtswerke Deutsche Werft Aktiengesellschaft Hamburg Und Kiel, para la construcción de las cuatro (4) corbetas misileras y el suministro de dos (2) helicópteros navales, así como repuestos de base, destinados a la Armada Nacional el 20 de junio de 1980.

(i) Régimen jurídico aplicable al contrato

(ii) Vigencia de las obligaciones adquiridas en virtud del contrato y consecuentemente determinación de la viabilidad jurídica de imponer actualmente multas, al contratista, por sus incumplimientos.

(iii) Período de duración del contrato y clases de obligaciones que comprenden el mismo.

(iv) Asistencia a las reuniones programadas relacionada (sic) con el tema.

(v) Asesoría permanente en los asuntos relacionados con el tema objeto del contrato.

(vi) Acompañamiento de las decisiones que se adopten en relación con el caso.

Que teniendo en cuenta que en el Ministerio de Defensa Nacional, en el transcurso de los últimos cuatro (4) años, ha efectuado los análisis legales relacionados con el contrato en mención, emitiendo los conceptos que ha considerado procedentes en la materia, debiendo asignar permanentemente personal de planta para que atienda los múltiples derechos de petición que a éste (sic) respecto formula el ciudadano Marceliano Corrales Larrarte, así como las múltiples acciones de tutela, las acciones de cumplimiento y demás investigaciones que éste (sic) ciudadano impetra ante todos los organismos de control y ante la Presidencia de la República del País, y no obstante que el Ministerio atiende sus peticiones dentro de la oportunidad legal, el desgaste administrativo producido por esta situación, aunado al interés y deber legal que el Ministerio de la Defensa tiene en atender este preocupante asunto, y dada la situación de discusión e indefinición del tema, ha decidido contratar a un tercero experto en la materia, para que estudie y recomiende la definición de fondo del asunto materia de discusión, con el propósito de concluirlo, en aras de que este Ministerio adopte las determinaciones que resulten procedentes en derecho.” (fls. 403-404 c.1, subrayas fuera de texto)

En el mismo sentido se pronunció el coordinador del Grupo de Talento Humano del Ministerio de Defensa, al certificar que no obstante contar con abogados expertos en contratación estatal, era imperiosa la necesidad de contratar un abogado externo que para que estudiara el asunto e hiciera una recomendación sobre la decisión por adoptar en punto del citado contrato de 1980, con el propósito de adelantar un trabajo específico: estudiar y recomendar la decisión de fondo para poner fin a la controversia jurídica suscitada en torno a su ejecución del mencionado contrato de junio de 1980. De acuerdo con esta última certificación:

“Lo anterior, por cuanto aunque en la Planta del Ministerio de la Defensa Nacional, existen abogados expertos en el área de contratación estatal, en el transcurso de los últimos cuatro (4) años, éstos han efectuado los análisis legales relacionados con el contrato

en mención, emitiendo los conceptos que han considerado procedentes en la materia, lo que ha generado un desgaste del personal de planta, haciéndose necesario contratar al Dr. del Castillo, para que con dedicación absoluta y en el término de treinta días estudie y recomiende la definición de fondo del asunto materia de discusión, con el propósito de concluirlo, en aras de adoptar las determinaciones que resulten procedentes en derecho” (fls. 406 y 407 c.1 subrayas de la Sala).

Tarea que demandaba conocimientos especializados en el área de contratación estatal, teniendo en cuenta además que la legislación aplicable al negocio jurídico celebrado en 1980, era el decreto 150 de 1976, tal y como lo puso de presente el propio abogado asesor en su concepto.

Ahora, de conformidad con el citado artículo 13 del decreto 2170 de 2002 en estos eventos de contratación de prestación de servicios profesionales, el contrato que se suscriba debe contener como mínimo la expresa constancia de que se trate o bien de un *“trabajo específico”* o de que *“no hay personal de planta suficiente para prestar el servicio por contratar”*, según el caso. Al mismo tiempo exige que se precisen las condiciones de cumplimiento del contrato incluyendo el detalle de los resultados esperados y la transferencia de tecnología a la entidad contratante en caso de ser procedente.

En el presente caso, en la parte preliminar del contrato suscrito con el abogado externo se dejó constancia tanto en las consideraciones, como en el objeto y obligaciones de que se suscribía con un *“trabajo específico”* que requería conocimientos especializados: el estudiar y rendir un concepto de un contrato que había generado algunas objeciones por parte del hoy actor popular. En efecto en las consideraciones se lee:

“a) Que mediante memorando No. 1804 del 28 de mayo de 2004, la Secretaria General, solicita la contratar (sic) al Doctor Edmundo del Castillo Restrepo, como asesor para el grupo de contratación estatal. b) Que mediante certificación de fecha 28 de mayo de 2004, el señor Ministro de Defensa autoriza contratar los servicios profesionales especializados de un abogado con experiencia en derecho administrativo-área contratación administrativa, con el objeto de estudiar, preparar y emitir concepto sobre algunos aspectos del contrato con las compañías alemanas Ferrostaal AG de Essen y Howaldtswerke Deutsche Werft Aktiengesellschaft Hamburg Und Kiel, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 del decreto 2209 de 1998. c) Que la Secretaria General del Ministerio de Defensa, certifica la idoneidad y experiencia directa del doctor Edmundo del Castillo Restrepo, relacionado (sic) con el objeto que

se va a contratar, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 2170 de 2002. d) Que esta contratación se rige por lo establecido en el literal d) numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 13 del Decreto 2170 de 2002. e) Que teniendo en cuenta los considerandos anteriores, se celebra la presente orden, de acuerdo con los siguientes términos (...)" (fl. 24 c.1)

Ahora, en el numeral 1º de la orden de servicios 046 de 7 de junio de 2004 se estableció con precisión en su objeto y en las obligaciones, las condiciones de cumplimiento del negocio jurídico y simultáneamente se detallaron los resultados que se esperaban con la contratación de ese *"trabajo específico"*:

"1.- Objeto: Prestación de servicio profesional especializado para que estudie, prepare y emita concepto sobre el contrato suscrito con las compañías alemanas FERROSTAL AG Y HOWAIDTSWERKE DEUTSHE WERFT AKTIENGESELSCHAFT HAMBURG UND KIEL, para la construcción de las cuatro (4) corbetas misileras y el suministro de dos (2) helicópteros navales, así como repuestos de base, destinados a la Armada Nacional el 20 de junio de 1980" (fls. 23 a 26 c. 1).

En cuanto hace a las obligaciones del contratista, el numeral 6º de la orden de servicios dispuso también de manera expresa que se trata de la contratación de un *"trabajo específico"* que requería conocimientos especializados:

"(...) Además del cumplimiento del objeto de la orden, el contratista se obliga a:

1. Analizar y estudiar toda la documentación asociada al contrato en discusión.
2. Expedición de concepto escrito debidamente sustentado mediante el que se recomienda la acción a seguir como consecuencia del análisis efectuado.
3. Definición en particular de los siguientes temas:
 - (i) Régimen jurídico aplicable al contrato
 - (ii) Vigencia de las obligaciones adquiridas en virtud del contrato y consecuentemente determinación de la viabilidad jurídica de imponer actualmente multas, al contratista, por sus incumplimientos.
 - (iii) Período de duración del contrato y clases de obligaciones que comprenden el mismo.
 - (iv) Asistencia a las reuniones programadas relacionada (sic) con el tema.
 - (v) Asesoría permanente en los asuntos relacionados con el tema objeto del contrato.
 - (vi) Acompañamiento de las decisiones que se adopten en relación con el caso (...)"

También quedó establecido que el abogado Edmundo del Castillo cuenta con los conocimientos especializados en materia de contratación pública que demandaba la conceptualización sobre el alcance del contrato celebrado por el Ministerio de Defensa en 1980, ante los múltiples requerimientos formulados por el hoy actor popular.

El acervo probatorio recaudado da cuenta que no se configuró la trasgresión alegada a la moralidad administrativa pues quedó establecido que el contrato fue celebrado por el funcionario al que efectivamente se le había delegado la competencia para hacerlo y que si bien la entidad cuenta con más abogados, ello no impide que en casos como el que se estudia se contraten los servicios de un asesor externo para llevar a cabo la tarea específica acordada que demandaba unos conocimientos especializados, tal y como lo autoriza el artículo 13 del decreto 2170, en consonancia con el numeral 3º del artículo 24 de la ley 80 de 1993⁵⁸.

En otros términos, no media conducta inmoral alguna endilgable a las entidades accionadas, que pueda enmarcarse en un evento de violación o amenaza del derecho antes mencionado

5.2 El patrimonio público

En cuanto al derecho colectivo al patrimonio público, este concepto no se agota en la enumeración de los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables ni en los que integran el territorio colombiano (arts. 63 y 101 C.P.), sino que *“por patrimonio público debe entenderse 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; su protección busca que los*

⁵⁸ Norma que fue modificada recientemente por la letra h) numeral 4º del artículo 2 de la ley 1150 de 2007, la cual fue reglamentada por el decreto 2474 de julio 7 de 2008, en los siguientes términos: “Artículo 82. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad.

Para la contratación de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, la entidad justificará dicha situación en el respectivo contrato.”

*recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales”.*⁵⁹

Además, ha señalado esta Sala que aunque *“pueda imaginarse un daño a la moralidad administrativa aislado de sus consecuencias..., en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, el de la libre competencia económica, el de la seguridad pública o el de la prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros”*⁶⁰.

Descendiendo estas consideraciones al caso concreto, la Sala encuentra que tampoco las dos conductas reprochadas configuran violación de este interés colectivo, ni representen amenaza o vulneración del mismo. En otros términos, a juicio de la Sala no se configuró vulneración del patrimonio público, en cabeza de la entidad demandada y de su colaborador contratista, toda vez que se demostró dentro del proceso que la conducta desplegada haya puesto en riesgo o menoscabado el patrimonio estatal, ni hay medio demostrativo que permita establecer que se configura un detrimento patrimonial de los recursos del Estado. Por el contrario, la prueba recaudada da cuenta de un manejo apegado a derecho de los recursos públicos.

Es importante reiterar que, de conformidad con el artículo 30 de la Ley 472 (en perfecta consonancia con la regla general contenida en el artículo 177 del CPC⁶¹), la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se asegura la vulneración de los derechos colectivos incumbe al actor -y no al accionado su no

⁵⁹ Sentencia de la Sección Cuarta del 31 de mayo de 2002, exp: 25000-23-24-000-1999-9001-01.

⁶⁰ Sentencia, Sección Tercera, del 17 de junio de 2001, exp: Ap- 166.

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

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

⁶¹ “(...) incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”

infracción, como una y otra vez lo señaló el demandante en este proceso-, regla que sólo es atenuada por el mismo precepto respecto de situaciones en las que por razones de orden económico o técnico la carga de la prueba no puede ser cumplida por el demandante, el juez debe impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito. Sobre este punto la Sala reitera que:

“(…) cuando alguien afirma que otro no ha cumplido un deber o una obligación a su cargo, esta aseveración no reviste, a juicio de la Sala, el carácter de negación indefinida que lo exonere de prueba (*incumbit probatio eri qui dicit, non qui negat*), pues comporta en realidad de verdad la aserción general y abstracta de que éste ha incumplido. Se está delante de una negación que lo es apenas en apariencia o formal (*negativa praegnatem*), en tanto es susceptible de ser establecida por medio de la justificación del hecho afirmativo contrario: el incumplimiento.

“A partir de los más reconocidos procesalistas el profesor Rocha Alvira dice lo siguiente refiriéndose a este tema:

‘...es obvio que mal puede estar excusada la prueba de negaciones de hechos, cuando la negación es de mera forma gramatical. El equívoco se despejaría redactando la proposición en forma positiva. Si niego la capacidad jurídica, afirmo la incapacidad y la debo probar. Si niego la buena calidad de la mercancía, afirmo determinada mala calidad. Si niego que la sustancia de una cosa es de oro, estoy afirmando que es de otro metal. En estos casos no hay inconveniente alguno para la prueba. Esta especie de negaciones envuelven una afirmación, por lo cual de antiguo se les designa como negativa praegnans (hinchada, rellena, grávida). Es la negativa de cualidad.

‘(...) Hay también negativas de un derecho o del derecho: cuando niego que una cosa es conforme a derecho, o que el acto es legítimo. También aquí la negativa se convierte en afirmativa y la prueba debo darla *par semblant*, o sea, convirtiendo la negativa en afirmativa.’⁶²

“En el caso *sub lite* cuando el actor popular asevera que el municipio no ha cumplido con la puesta en funcionamiento real y efectiva del FSRI, esta negativa es de mera forma gramatical, pues en el fondo configura una afirmación redactada negativamente (*afirmación negativa*⁶³), o lo que es igual, la afirmación de un hecho contrario: el incumplimiento (*un hecho no es menos positivo porque se articule en forma negativa*).

⁶² ROCHA ALVIRA, Antonio, De la Prueba en Derecho, Clásicos Jurídicos Colombianos, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 1990, p. 67 y 68.

⁶³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría General de la prueba judicial, tomo I, Ed. Temis, Bogotá, p. 200.

“Se trata, entonces, de una negación definida⁶⁴ que es susceptible de demostración acreditando el hecho positivo contrario que en forma implícita se indica, por lo que no está exenta de prueba a términos del inciso segundo del artículo 30 de la ley 472, en consonancia con el artículo 177 del C. de P. C. y el artículo 1757 del C.C. (*onus probandi incumbit actori*)⁶⁵.

“En tal virtud, el accionante ha debido acreditar este aserto para lograr el éxito de sus pretensiones en tanto a él correspondía la carga de probar los hechos en que se funda la acción, regla que trae aparejado que el demandado ha de ser absuelto de los cargos, si el demandante no logró probar los hechos constitutivos de la demanda (*actore non probante, reus absolvitur*).

“Finalmente, aunque el citado artículo 30 de la ley 472 de 1998 señala que si por razones de orden económico o técnico la carga de la prueba no puede ser cumplida por el demandante, el juez debe impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, esta situación no se presentó en el caso concreto, dado que la deficiencia probatoria fue ajena a las razones consignadas en la ley.”⁶⁶

Carga de la prueba sustentada, como también ha precisado la Sala⁶⁷, en el principio de *autoresponsabilidad*⁶⁸ de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable⁶⁹. En efecto, a juicio de la jurisprudencia de esta Sección:

“Si bien el derecho procesal tiene la finalidad de ‘servir de instrumento necesario para la concreción y efectividad de las normas

⁶⁴ La negación definida “corresponde a las que tienen por objeto la afirmación de hechos concretos, limitados en tiempo y lugar, que presuponen la existencia de otro hecho opuesto de igual naturaleza, el cual resulta afirmado implícita o indirectamente (...) Si las negaciones definidas equivalen al velo que oculta la afirmación del hecho positivo contrario, pero decisivo en la cuestión litigada, no es necesaria profunda reflexión para advertir que mal puede estar excusada su prueba; por tratarse de una negación apenas aparente o gramatical, el hecho contrario es susceptible de prueba y de ésta no puede prescindirse para el acogimiento de las súplicas de la demanda”: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Sentencia de 29 de enero de 1975, G.J. T. CLI, 1ª parte, num. 2392.

⁶⁵ “La imposibilidad de la prueba del hecho negativo indefinido, no deriva de su carácter negativo, sino de su carácter indefinido”: LESSONA; Carlos, Teoría General de la prueba civil, hijos de Reus, Madrid, 1906, p.239 citado por ROCHA, op. cit. p. 69

⁶⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 11 de mayo de 2006, Rad. AP-25000-23-26-000-2004-00896-02, Actor: Sergio Sánchez, Demandado: Municipio de Tabio, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de abril 16 de 2007, Rad. AP-44001-23-31-000-2005-00483-01, Actor: Carmen Alicia Barliza Rosado y otros, Demandado: Ministerio de Desarrollo Económico y Otros, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio

⁶⁸ PARRA QUIJANO Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Librería Ediciones del Profesional, 2004, p. 242.

⁶⁹ BETANCUR JARAMILLO, Carlos, De la Prueba Judicial, Ed. Dike. 1982, pág 147.

sustanciales⁷⁰, la Constitución de 1991 ‘lo elevó a rango constitucional en su artículo 228, pues son las normas procesales probatorias de una especial relevancia ya que tal como se repite desde siempre y concreta el aforismo romano ‘Idem est non esse aut non probari’, igual a no probar es carecer del derecho, pues de poco sirve ser titular de una determinada relación jurídica u ostentar una precisa calidad de tal orden, si en caso de que se pretenda desconocer o discutir o sea necesario evidenciarla, no estamos en capacidad de acreditar esa titularidad ante quien nos la requiere, en cuestiones públicas o privadas⁷¹.

“Es así como una de las reglas técnicas del derecho probatorio es la de la carga de la prueba, la cual parte del supuesto de que ‘son los sujetos de derecho que intervienen en el proceso sobre los que gravita fundamentalmente el deber de procurar que las pruebas se practiquen o aporten y por eso que a su iniciativa para solicitarlas e interés para llevarlas a efecto se atiende de manera primordial. (...) El concepto de carga de la prueba es central para entender el porqué de ciertas decisiones judiciales, pues en aquellos eventos donde la ausencia de pruebas se presenta, no puede el juez abstenerse de decidir y es así como se impone un fallo en contra de quien tenía radicada la carga de la prueba⁷². Es evidente que nadie mejor que el interesado para conocer los medios de prueba que deben emplear, con el fin de demostrar los hechos en que están fundamentando sus pretensiones.”⁷³

El actor popular debía acreditar que las imputaciones consignadas en su escrito de demanda comportaban amenaza o violación de los intereses colectivos invocados, sin que fuera admisible que el juez impartiera unas órdenes tendientes a suplir su inactividad en materia probatoria⁷⁴.

Por lo demás, como se indicó en el capítulo de pruebas, la Secretaria General del Ministerio de Defensa, en respuesta a petición formulada por el hoy accionante, le señaló mediante oficio 4778 de 8 de febrero de 2005 que se atenía a las conclusiones a las que llegó el abogado externo en relación con las objeciones

⁷⁰ “LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil Pruebas*, Tomo III, DUPRE Editores, Bogotá D. C. 2001, Pág. 15.”

⁷¹ “Ibídem.”

⁷² “Op. Cit. Pág. 26.”

⁷³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 24 de marzo de 2004, Radicación número: 44001-23-31-000-2003-0166-01 (AP), C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁷⁴ En sentido idéntico vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 17 de mayo de 2007, Radicación número: AP-76001-23-31-000-2005-03932-01, Actor: Ángel Darío Jiménez C. Demandado: EMCALI E.I.C.E. E.S.P. y otro, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

formuladas al contrato celebrado en junio de 1980 con las compañías alemanas.

En la misma se lee:

“A este respecto debo manifestarle, que ante la reiteración de su petición este Ministerio se ratifica en lo expresado a través de las anteriores comunicaciones enviadas a Usted en su calidad de peticionario.

Lo anterior obedece a que durante los últimos años, se han emitido pronunciamientos a sus múltiples y permanentes derechos de petición relacionados con la celebración, ejecución, liquidación y cobro de posibles sanciones asociadas al contrato celebrado entre el Gobierno de la República de Colombia y las Compañías Ferrostaal AG de Essen y Howaldtswerke Deutsche Werft Aktiengesellschaft Hamburg Und Kiel de Kiel, suscrito para la construcción y adquisición de cuatro (4) corbetas misileras y dos (2) helicópteros navales, hace 25 años, esto es en el año de 1980.

Dado que con su insistencia utilizando durante los últimos cinco años, el derecho de petición, las acciones populares, la acción de tutela, las denuncias ante los organismos de control y ante la Fiscalía General de la Nación, ha pretendido demostrar que existe la posibilidad legal de efectuar cobros e imponer sanciones, este Ministerio en aras de contar con argumentos nuevos, expedidos por terceros ajenos al Ministerio de Defensa Nacional y teniendo en consideración la importancia de las peticiones y quejas por usted presentadas, recurrió a la asesoría externa de un profesional idóneo en el área de contratación administrativa como lo es, el Doctor Edmundo del Castillo, quien en concepto del día 26 de agosto de 2004, (el que le fue entregado), analizó en su integridad el contrato en estudio y profirió su concepto, al cual este Ministerio se atiene, por cuanto se le manifestó preliminarmente que esa era la finalidad esperada, con la asesoría externa contratada.”(subraya la Sala) (fls. 66 y 67 c.1).

La Sala advierte que es improcedente la pretendida “*suspensión provisional del concepto*” rendido por el abogado accionado, en tanto esta medida cautelar recae exclusivamente sobre actos administrativos⁷⁵, vale decir de las manifestaciones unilaterales de la administración y, evidentemente, un concepto de un abogado externo no lo es.

Adicionalmente, no es la acción popular el escenario para ventilar discrepancias interpretativas sobre un concepto jurídico rendido por un abogado a una entidad pública, menos aún cuando la controversia ya ha sido dirimida con efectos de cosa juzgada *erga omnes* mediante sentencia definitiva por el juez competente.

⁷⁵ Vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Auto de 19 de julio de 2007, Rad. 080012331000200301953 01 (34.059), Actor: Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla, Demandado: Sociedad Métodos y Sistemas, Referencia: Acción de controversias contractuales-apelación parcial auto admisorio de la demanda, CP Ruth Stella Correa Palacio.

Por último, tampoco le asiste razón al actor popular cuando asevera que los derechos fundamentales “*también están consagrados como acción popular (sic)*”, toda vez que los derechos como la igualdad, debido proceso y acceso a la justicia que alega como infringidos en la demanda, no son pasibles de protección en sede popular, como recientemente lo dejó en claro esta Sala⁷⁶.

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

FALLA:

Primero.- ADICIÓNASE la sentencia dictada por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 3 de mayo de 2006, y en consecuencia DECLÁRASE probada la excepción de cosa juzgada respecto de las imputaciones relacionadas con el contrato celebrado por la Nación-Ministerio de Defensa Nacional el 20 de junio de 1980 con las compañías alemanas Ferrostaal AG de Essen y Howaldtswerke Deutsche Werft Aktiengesellschaft Hamburg Und Kiel, para la construcción de las cuatro (4) corbetas misileras y el suministro de dos (2) helicópteros navales.

Segundo.- CONFÍRMASE en sus demás partes la decisión adoptada por el *a quo*.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUELVA

⁷⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 16 de octubre de 2007, Radicación número: AP-41001-23-31-000-2004-00351-02, Actor: Mario Arturo Ortiz y otros, Demandado: Municipio de Neiva y otros y Sentencia de 16 de octubre de 2007, Radicación número: AP-52001-23-31-000-2005-01549-01, Actor: Fundación Jurídica de Colombia, Demandado: Municipio de Ipiales y otros, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

MIRYAM GUERRERO DE ESCOBAR
Presidenta de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA