

**ACCION POPULAR – Objeto / ACCION POPULAR – Naturaleza / ACCION POPULAR – Al ser autónoma, su procedencia no depende de la existencia de otras acciones / ACCION POPULAR – Procedencia**

La Carta Política brindó una serie de herramientas jurídicas, principalmente las acciones judiciales de rango constitucional, para que cualquier persona pudiera reclamar, ante los jueces de la república, la efectividad de los derechos individuales o colectivos y dentro de aquéllas encontramos las denominadas acciones populares (artículo 88 C.P.), cuyo propósito es la protección, y preservación material y cierta de los derechos e intereses colectivos, ante la vulneración o amenaza – por acción o por omisión -de que pueden ser objeto por parte de los particulares – ejerzan éstos o no función pública-, o de las autoridades y entidades públicas. Con fundamento en el artículo 88 ibídem, el legislador profirió la ley 472 de 1998, en donde instituyó la acción popular como una de aquellas de naturaleza principal y autónoma, cuyo objetivo es la protección de los derechos e intereses colectivos, en la medida que pretenden evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio de que sean objeto los mismos (artículo 2º ley 472 de 1998). Como quiera que la acción es autónoma y principal, no es viable que se formulen reparos para su ejercicio, diferentes a los que corresponden a las reglas procesales propias para su admisibilidad (artículo 18 ley 472 de 1998); por consiguiente, no resulta pertinente, ni legítimo, que se haga pender la admisión de la acción popular de la procedencia o no de otras acciones principales o subsidiarias, por cuanto ella tiene como objetivo específico y puntal el proteger a los derechos o intereses colectivos invocados en la demanda. Entonces, si bien podrían existir acciones administrativas o judiciales para juzgar la conducta – activa u omisiva – de las entidades o autoridades públicas, o particulares que cumplen función administrativa en relación con determinados hechos, lo cierto es que su admisión y procedencia no dependerá, en ningún caso, de la interposición o iniciación de aquellas acciones o procedimientos. En ese contexto, es posible que la conducta de alguna persona que lesiona o trasgreda un derecho o interés colectivo pueda ser revisada vía otras acciones constitucionales u ordinarias, principales o subsidiarias, pero, en todos los casos, procederá la acción popular para el juzgamiento de los hechos y conductas que lesionan o amenazan el respectivo derecho colectivo.

**NOTA DE RELATORIA:** Acerca del reconocimiento constitucional de los derechos colectivos y de las acciones para su efectiva protección: Corte Constitucional, sentencia C-215 de 1999, M.P. Martha Victoria Sáchica. Sobre la procedencia de la acción popular pese a la existencia de otras acciones: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 1º de febrero de 2001, Rad. AP-148 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza M.

**JUEZ POPULAR – Potestades / JUEZ POPULAR – La Constitución Política lo dota de prerrogativas especiales para la protección efectiva de los derechos colectivos**

Dada la entidad de los bienes jurídicos que se salvaguardan con la acción popular, el legislador dotó al juez de una gama de amplias potestades con el propósito de que tuviera verdaderos instrumentos para hacer cesar la vulneración o amenaza en contra de aquéllos, o para retrotraer las cosas al estado anterior a la vulneración realizada. En esa perspectiva, el juez de la acción popular, como juez de rango constitucional, cuenta con una serie de prerrogativas al momento de proferir su decisión, para que, ante la constatación efectiva de una vulneración o amenaza de un derecho o interés colectivo, pueda disponer que se adopten todas las medidas pertinentes y necesarias para la protección de los mismos. Dichas órdenes pueden reflejar obligaciones de hacer, de no hacer, indemnizatorias, de realización de conductas reparatorias o resarcitorias. Lo anterior no significa una invasión a la órbita de competencias de las demás autoridades o entidades públicas, ni concretamente, de las que ejercen función administrativa, ya que se trata,

simplemente, del ejercicio claro del poder que se le concede por la Constitución y la ley al juez constitucional, para que, si encuentra acreditada la vulneración o amenaza de un derecho o interés colectivo, proceda a determinar las medidas procedentes y conducentes que deben ser adoptadas para que cese la conducta lesiva.

**FUENTE FORMAL:** LEY 472 DE 1998 – ARTICULO 34

**ACCION POPULAR - Principio de congruencia / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - acción popular / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN ACCION POPULAR – Aspectos en que se flexibiliza / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN ACCION POPULAR - El juez podrá abordar el estudio de nuevos hechos que vayan apareciendo a lo largo del proceso, si tienen relación con la causa petendi formulada en la demanda / FALLOS EXTRA O ULTRAPETITA EN POPULAR – Procedencia / IURA NOVIT CURIA – Procedencia en acción popular / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN ACCION POPULAR – Fallo sobre hechos que no fueron objeto del debate a lo largo del proceso vulnera el derecho de defensa**

Si bien es cierto que la acción popular es de naturaleza constitucional, y que los derechos que se pretenden amparar con su interposición son aquellos de tipo colectivo, es decir, que pertenecen en principio a toda la colectividad, y que, por consiguiente, muchos de ellos están igualmente reconocidos directamente por el texto constitucional, no debe perderse de vista que el principio de congruencia opera también en este tipo de procesos. En consecuencia, la jurisprudencia ha reconocido, como lo plantea el apoderado de la sociedad contratista demandada, que en tratándose del principio de congruencia en acciones populares, este postulado y garantía del debido proceso se flexibiliza o relaja, para permitir que el juez no esté necesariamente vinculado en relación con algunos aspectos que podrían sistematizarse de la siguiente forma: i) en relación con las medidas deprecadas en la demanda para proteger los derechos o intereses colectivos vulnerados o amenazados, toda vez que de conformidad con el artículo 34 de la ley 472 de 1998, el juez adoptará cualquier orden de hacer, de no hacer, o decretará el pago de perjuicios, con miras a proteger el núcleo del derecho transgredido, razón por la que, constatada la vulneración o el peligro, el juez cuenta con una amplia gama o haz de posibilidades para decretar todas las medidas que estime pertinentes para garantizar el amparo efectivo de los derechos e intereses afectados, ii) en cuanto concierne a la posibilidad de amparar derechos colectivos no invocados expresamente en la demanda, siempre y cuando la acusación de su vulneración se desprenda de las circunstancias fácticas narradas en la causa petendi de la demanda, y iii) en relación con hechos que se van presentando a lo largo del proceso, siempre y cuando estén relacionados con los supuestos fácticos establecidos en la demanda. En otros términos, el juez de la acción popular podrá abordar el estudio de nuevos hechos que vayan apareciendo a lo largo del proceso, siempre y cuando aquellos tengan relación con la causa petendi formulada en la demanda. Como se aprecia de los anteriores planteamientos, el juez de la acción popular puede proferir fallos extra o ultrapetita, así como también dar aplicación al principio iura novit curia, para garantizar la protección de los derechos colectivos vulnerados o amenazados; no obstante, las anteriores facultades oficiosas del juez constitucional entran en colisión con el principio al debido proceso y el derecho de defensa de las entidades o personas que fungen como demandadas en un proceso de esta estirpe. En esa perspectiva, admitir que el juez de la acción popular falle sobre hechos absolutamente desconocidos y que no fueron objeto del debate a lo largo del

proceso, supone sorprender a los demandados, puesto que es precisamente en la sentencia donde aparecerían definidos esos supuestos fácticos que hasta ese momento eran ignorados, por no haber sido, se insiste, materia del debate jurídico y probatorio.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 305 / LEY 472 DE 1998 – ARTICULO 34

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el principio de congruencia en acciones populares: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de abril de 2006, Rad. AP 2004-640, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 16 de marzo de 2006, Rad. AP-2003-00239, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Sobre la aplicación del principio iura novit curia en acciones populares: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de mayo de 2007, Rad. 2005-10005, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

**Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO**

Bogotá, D.C., dos (2) de septiembre de dos mil nueve (2009).

**Número de Radicación: 25000-23-25-000-2004-02418-01 (AP)**

**Actor: MIGUEL ANGEL MORALES RUSSI Y OTRO**

**Demandando: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO “IDU” Y OTROS**

**Referencia: ACCION POPULAR – APELACION SENTENCIA**

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por el Instituto de Desarrollo Urbano “IDU”, Bogotá D.C., y la sociedad Metrodistrito S.A., contra la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2007, por la Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la que se decidió lo siguiente:

**“PRIMERO.-** De conformidad con los lineamientos expuestos en la parte motiva de este proveído, acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda de acción popular impetrada por los señores MIGUEL ÁNGEL MORALES RUSSI y SAMIR ALFREDO GONZÁLEZ VELÁSQUEZ en contra del Concesionario Metrodistrito S.A., el Instituto de Desarrollo Urbano “IDU” y Bogotá D.C., especialmente para proteger los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas, la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente y la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera

ordenada, dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, de tal forma que en relación con el Puente de Tercer Nivel de la Calle 92, se haga un estudio técnico por parte de los tres (3) ingenieros expertos en obras civiles, escogidos de común acuerdo por el IDU-Transmilenio S.A. y el Concesionario Metrodistrito S.A. (pero remunerados por este último), para que conceptúen si con la construcción de la barrera tipo New Jersey de 1.10 mts de alto, junto con su andén peatonal, se requieren adicionalmente de otras adecuaciones en el puente o no. En consecuencia, Metrodistrito S.A. deberá actuar de conformidad con el estudio técnico antes referido, el cual tendrá que entregarse en un término máximo de seis (6) meses, de tal forma que la totalidad de las obras terminen en un término no mayor de dieciocho (18) meses o en el menor tiempo posible, contando a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

**“SEGUNDO.-** En todo caso, el Concesionario METRODISTRITO S.A., construirá asumiendo la totalidad de los costos requeridos, la barrera de tipo New Jersey y el andén peatonal en el puente de tercer nivel de la Calle 92, contemplados en los diseños iniciales entregados por el IDU, con los cuales según el concepto técnico de la Contraloría de Bogotá –referido en la parte considerativa–, se garantizarán los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas.

**“TERCERO.-** Igualmente el Concesionario Metrodistrito S.A., asumirá la totalidad de los costos secundarios a la construcción de la barrera y el andén peatonal, si se requiere hacer alguna obra adicional, atendiendo el concepto que emitan los técnicos ya referidos.

**“CUARTO.-** Para los efectos anteriores, la Sala considera que deberán ser las autoridades competentes de BOGOTÁ D.C. – ALCALDÍA MAYOR, y el IDU, las que gestionen, coordinen, hagan cumplir e informen a esta Corporación con una periodicidad trimestral a partir de la ejecutoria de esta sentencia, todos los trámites y avances que se hagan en las obras del Puente de la Calle 92 para dar cumplimiento a la decisión aquí impartida.

**“QUINTO.-** Deniéganse las demás pretensiones de la acción.

**“SEXTO.-** Reconózcase a favor de los accionantes... un incentivo único equivalente a la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, de conformidad con lo previsto en el artículo 39 de la ley 472 de 1998, el cual deberá ser pagado en una cantidad de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales a cada uno de ellos y en una proporción del setenta por ciento (70%) por el Concesionario Metrodistrito S.A. y el otro treinta por ciento (30%) será cancelado en partes iguales por Bogotá D.C. – Alcaldía Mayor y el IDU, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes, contados a partir de la fecha en que quede en firme este proveído.

**“(...)”** (fls. 1657 y 1658 cdno. ppal. 2ª instancia – mayúsculas y negrillas del original).

## **I. ANTECEDENTES**

## 1. Demanda

El 5 de noviembre de 2004, los señores Miguel Ángel Moralesrussi Russi y Samir Alfredo González Velásquez, instauraron acción popular contra las siguientes entidades y autoridades públicas y privadas: i) Instituto de Desarrollo Urbano “IDU”, ii) Transmilenio S.A., iii) Sociedad Concesionaria Metrodistrito S.A., conformada por Carlos Alberto Solarte Solarte, Concreto S.A., Consultoría Colombiana S.A., Termotécnica Coindustrial S.A., Organización de Ingeniería Internacional S.A., Grupo Odinsa S.A.; iv) Durán Acero Osorio Abogados Asociados, v) Consorcio Silva Fajardo y Cia. Ltda., integrado por las firmas Silva Fajardo y Cia. Ltda. y Silva Carreño y Asociados S.A.; vi) Silva Carreño y Asociados S.A., y vii) Consorcio Ingecon – Latinconsult, con el fin de que se protejan los derechos colectivos a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público (fls 1 a 54 cdno. ppal. No. 1).

Los actores populares formularon las siguientes pretensiones, en el escrito de demanda:

“Respetuosamente Honorables Magistrados, solicitamos las siguientes pretensiones a favor del Patrimonio del Distrito Capital, para garantizar la protección a los derechos e intereses colectivos amenazados:

“**5.1.** Se determine el valor real del puente de tercer nivel de la Calle 92, de acuerdo con los diseños, cantidades de obra, y costos reales del contratista METRODISTRITO S.A.

“**5.2.** Liquidado el valor real del puente de tercer nivel de la calle 92, se ordene al IDU – TRANSMILENIO se abstenga de pagar y se deduzca de los primeros pagos previstos en el cronograma de pagos por parte de TRANSMILENIO – IDU la suma de SEIS MIL CUATROCIENTOS DIEZ Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE PESOS \$6.419.852.169,00 o la que determine ese Honorable Tribunal por considerar una ganancia excesiva y onerosa que lesiona el patrimonio público del Distrito Capital y de los Contribuyentes y lesiona la moral administrativa.

“**5.3.** Adicionalmente, se determine el valor de los interconectores y demás estructuras que se están construyendo por virtud de los contratos 146-03, 179-03 y en los cuales se compruebe la modificación de los diseños iniciales con el fin de optimizar las utilidades con recursos del Estado lesionando el patrimonio del distrito.

“**5.4.** En caso de determinarse que los puentes señalados en la petición 5.3., incurrieron en prácticas similares de sobrecostos originados en los cambios de los diseños que lesionan el patrimonio

público, se ordene el no pago de la diferencia que resultare del valor real de las obras con el valor que sirvió de base para establecer el presupuesto oficial con base en los estudios y diseños de SEDIC S.A.

**“5.5.** Ordenar al IDU – TRANSMILENIO que determine el valor real de los contratos celebrados para la construcción y adecuación de las obras de TRANSMILENIO, de acuerdo a los diseños que elaboraron los contratistas y que modificaron financieramente el valor real de la contratación, con el fin de que la ciudadanía en un acto de transparencia contractual conozca cuál es el valor verdadero de las obras que reiteramos puede estar sobreestimado en aproximadamente doscientos cuarenta y tres millones que lesionan el patrimonio público.

**“5.6.** Se llame como parte a la Contraloría de Bogotá, Distrito Capital, con el fin de que en ejercicio de su función fiscalizadora revise los estudios técnicos y los cálculos financieros del valor real de las obras y de los contratos con el objetivo de proteger los recursos del IDU – TRANSMILENIO que son recursos públicos.” (fls. 43 y 44 cdno. ppal. 1º - negrillas y mayúsculas del original).

Como fundamentos fácticos se expusieron, en síntesis, los siguientes:

1.1. Con el documento Conpes 3093 de 15 de noviembre de 2000, se determinó la construcción de las obras de adecuación de las troncales Transmilenio.

1.2. Para efectuar los estudios y diseños de las obras de adecuación que sirvieron de base para determinar las especificaciones técnicas y el presupuesto aproximado del valor de las obras, se abrió el concurso público IDU-CM-GTM-028-2001 el cual fue adjudicado el 8 de marzo de 2002 según la Resolución No.805 a la empresa consultora Consorcio Silva Fajardo Cia. Ltda., Silva Carreño & Asociados S.A. – Sedic S.A., por un valor inicial de \$4.566.478.746,00

1.3. El 22 de marzo de 2002, se suscribió el contrato entre el IDU – Transmilenio S.A. y el Consorcio antes mencionado.

1.4. De acuerdo a los presupuestos el valor sobre el cual se licitó y se va a pagar la construcción del puente de la 92, inmerso en la remuneración principal del contrato sería de \$19.015.734.733.

1.5. Adicionalmente, con el fin de elaborar íntegramente los pliegos de condiciones que fijarían las condiciones para licitar las obras de adecuación, era indispensable diseñar el modelo jurídico y financiero que regularía la contratación. Se abrió la convocatoria pública IDU-CD-DG-012-2002 y el 13 de junio de 2002, se adjudicó el contrato No. 280 de 2002 por \$246.735.016,00

1.6. El 10 de febrero de 2002, la Dirección General del IDU con memorando DG-000-6837 recomienda la adjudicación del contrato a la empresa Durán & Osorio Abogados Asociados, para continuar con la ejecución del objeto contractual No. 280/2002 y el 19 de febrero de 2003 se suscribió el negocio jurídico No. 11/2003 entre el IDU y la firma Durán & Osorio Abogados Asociados, por valor de \$696.000.000, el presupuesto inicial no fue suficiente y el convenio debió ser adicionado en \$348.000.000. Además, se pactó una comisión de éxito por la adjudicación de los siete contratos de concesión que se determinó en \$1.459.633.643. En resumen, el valor total de la estructuración legal y financiera fue de \$2.873.736.176,00.

1.8. La estructuración legal y financiera desplegada por Durán & Osorio Abogados determinó ejecutar las obras con siete contratos de concesión. Para desarrollar el objeto contractual de cada uno de ellos, los concesionarios debían conseguir los recursos para ejecutar las obras de construcción entre el 2004 y 2005 y recibirían el pago por las actividades realizadas entre los años 2004 y 2011. Los términos de los acuerdos establecieron realizar los pagos bajo las modalidades de precio global y de precios unitarios

1.9. Se elaboraron en su integridad los pliegos que fijarían las reglas para licitar y contratar las obras de adecuación de la troncal Transmilenio – NQS tramo II comprendido entre la calle 92 y la calle 68.

1.10. Se abrió la licitación pública IDU-LP-DTC-086-2002, mediante Resolución 12249 del 12 de diciembre de 2002, con el fin de escoger al contratista para la celebración del contrato de concesión para la construcción del sector Norte, perteneciente al sistema Transmilenio – NQS.

1.11. Es claro que el valor del contrato fue determinado sobre la base de las especificaciones técnicas, contenidas en los diseños elaborados por SEDIC S.A. y las condiciones administrativas, financieras y jurídicas señaladas por DURÁN & OSORIO.

1.12. Para iniciar las obras se profirió la instrucción de inicio de la etapa de preconstrucción. Para el cambio de diseños en el contrato se estableció la obligación que tenía el concesionario de presentar sus propios estudios y diseños.

1.13. En la etapa de preconstrucción, es decir, entre julio y diciembre de 2003, el Concesionario Sociedad Metrodistrito S.A., modifica los diseños recibidos por el IDU como parte integral del contrato suscrito para la construcción del puente de la calle 92.

1.14. Al comparar los diseños iniciales del consultor SEDIC y los diseños modificados por Metrodistrito S.A., se constata una diferencia económica de \$6.419.852.169,00.

1.15. De otro lado, el ahorro de los \$6.419.852.169,00 en los costos de construcción del puente de tercer nivel permite al concesionario una menor inversión de su capital propio en el proyecto, que le representará una ganancia adicional de \$11.724 millones al final del contrato de concesión.

1.16. Sobre la base de lo expuesto es ostensible que el concesionario cambió los diseños de tal manera que el puente de la calle 92 resultó en una estructura menos pesada que afecta de forma irracional los cálculos y presupuestos de los diseños iniciales sobre los cuales se formuló la estimación inicial del valor. Lo que deber quedar claro ante la ciudadanía es ¿por qué razón el consorcio SEDIC S.A. efectuó unos cálculos en una estructura y unos diseños sobredimensionados en la realidad o sobrecalculados en la realidad?, lo que finalmente se tradujo en un menor valor real del puente, circunstancia que lesiona el patrimonio público.

## **2. Posición de la defensa**

En el auto admisorio de la demanda, de once de noviembre de 2004 (fls. 380 a 384 cdno. ppal. 1º), se dispuso la notificación de la misma a las entidades demandadas y, además, se ordenó la citación de Bogotá D.C. – Alcaldía Mayor, así como de la Contraloría General de la Nación.

Inconforme con la decisión anterior, la apoderada judicial de la Sociedad Concesionaria Metrodistrito S.A., interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación para solicitar fueran desvinculados del proceso las personas jurídicas y naturales socios de la misma, según los lineamientos de responsabilidad de las sociedades anónimas establecidos en el Código de Comercio y normas complementarias. En providencia del 22 de febrero de 2005, se revocó parcialmente

el auto recurrido para admitir la demanda única y exclusivamente respecto del: i) Instituto de Desarrollo Urbano “IDU”; ii) Transmilenio S.A.; iii) Consorcio Silva Fajardo y Compañía Ltda.; iv) Silva Carreño y Asociados S.A.; iv) Durán & Osorio Abogados Asociados, y v) Consorcio Metrodistrito S.A. Como terceros citados al proceso se mantuvo la vinculación del Distrito Capital, así como de la Contraloría Distrital de Bogotá (fls. 1278 a 1281 cdno. ppal. 3º).

Vencido el término del traslado, la posición esgrimida por las entidades demandadas que contestaron la demanda, se precisa a continuación:

### *2.1. Bogotá D.C. – Alcaldía Mayor*

Intervino a través de apoderado judicial, para oponerse a las pretensiones de la demanda (fls. 1064 a 1078 cdno. ppal. 3º). Las razones de la defensa se resumen en lo siguiente:

2.1.1. La demanda ha sido construida sobre la premisa de un posible detrimento patrimonial basada en información que nunca fue solicitada por los actores al IDU, la cual tal y como esa entidad lo comunicó ha estado en reserva durante los procesos precontractual y contractual; en esa información sobre la que se desconoce su idoneidad, se realiza igualmente una proyección financiera basada en cifras obtenidas por los demandantes sin que se precise el elemento técnico que dio origen a la misma, así como unos valores que desconoce el IDU.

2.1.2. El ordenamiento jurídico colombiano establece el derecho al debido proceso en toda actuación judicial, razón por la que carece de sustento que se pretenda disfrazadamente la nulidad de los contratos o procesos licitatorios por un mecanismo no habilitado para ello, a partir de una demanda en la que no se ha demostrado el daño ni los demás elementos de la responsabilidad.

### *2.2. Metrodistrito S.A.*

La Sociedad Concesionaria Metrodistrito S.A., contestó la demanda para controvertir las súplicas elevadas, con base en el razonamiento que se desarrolla a continuación (fls. 1098 a 1120 cdno. ppal. 3º):

2.2.1. La sociedad Metrodistrito S.A. no participó en manera alguna en el proceso de concepción, en los estudios previos de prefactibilidad y factibilidad, en los procesos de concertación con la comunidad, en los estudios de impacto ambiental y en la estructuración económica, técnica o jurídica del proyecto, ni en la ordenación y gestión de la consecución de los recursos económicos requeridos para su desarrollo, ni en establecer las formas de remuneración del contrato, ni tenían dentro del giro ordinario de sus negocios la planeación, control, y manejo de los recursos públicos.

2.2.2. Al celebrarse el contrato de concesión No. 106 de 2003, la concesionaria Metrodistrito –persona jurídica diferente a sus socios–, actuó ceñida al principio de buena fe contenido en el artículo 83 de la Constitución Política.

2.2.3. La sociedad ha ejecutado el contrato en cumplimiento de todos los documentos contractuales, legales y técnicos que se entregaron al inicio del mismo, en estricto cumplimiento de los estudios, diseños y planos aprobados y entregados por el IDU.

2.2.4. No existe relación de causalidad entre los juicios de valor o afirmaciones efectuadas en la demanda, con los presuntos daños o vulneraciones a los derechos colectivos, toda vez que se refieren a circunstancias fuera de su arbitrio y que obedecen a decisiones administrativas de necesidad y de utilidad pública, que fueron tomadas de manera previa y directamente por la administración distrital.

2.2.5. El argumento principal de la acción popular se orienta a que el concesionario, presuntamente, al haber “optimizado” (término erróneo empleado por los actores) los diseños elaborados con anterioridad al proceso de selección de un contratista consultor del IDU, logró un ahorro que no comparte con la entidad estatal, lo que vulnera los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público.

No puede señalarse que existe una violación a los principios de la contratación estatal, a la moralidad administrativa o al patrimonio público, por la simple razón de

que según los actores, un contrato a precio global, pese a ser válido, no atiende el interés público.

2.2.6. Evidentemente, en la acción popular incoada no existe referencia alguna a la existencia de una conducta transgresora del ordenamiento jurídico, pues la actuación de la administración pública estuvo ajustada a derecho, como lo reconocen los demandantes en el texto de la demanda.

### *2.3. Instituto de Desarrollo Urbano "IDU"*

El mandatario judicial de esta entidad pública desarrolló los argumentos de defensa en los términos que se exponen a continuación (fls. 426 a 456 cdno. ppal. 2º):

2.3.1. Los estudios y diseños elaborados por el IDU a efectos de ejecutar la fase licitatoria no son infundados, por el contrario tienen sustento no sólo en la necesidad de la obra sino en las cantidades y proyecciones estimadas para una inversión de tal magnitud, teniendo en cuenta los elementos a utilizar y los precios oficiales elaborados por la entidad.

No se puede hablar de que los mismos hayan establecido una diferencia económica lesiva para el erario, pues está claro que semejante afirmación se realizó sobre el papel y en forma meramente hipotética, ya que de todos es conocido que el presupuesto de un proyecto o de un contrato, por lo general sufre aumentos, toda vez que una cosa es planificar y otra ejecutar, y con la primera de las afirmaciones lo que hace la entidad es aproximar sumas sobre los datos y experiencia que se tiene, pero otra cosa muy distinta es materializar determinado proyecto.

2.3.2. No es admisible que sobre la base de unos planos y de unos costos aproximados se pueda concluir, tan fácilmente como lo hacen los demandantes, que haya una diferencia económica entre lo planificado y lo realmente ejecutado, máxime si se tiene en cuenta que la obra se encuentra en ejecución.

De otro lado, se debe tener en cuenta que la construcción del puente de la calle 92 es apenas un ítem de las grandes y cuantiosas obras que integran el contrato de concesión No. 106 de 2003, razón por la que podría contra argumentarse, con la misma facilidad de los actores, que el ahorro que supuestamente está percibiendo el

concesionario lo puede estar invirtiendo en la ejecución de otra de las tantas obras y ejecuciones que componen el citado negocio jurídico. Es por esta razón que se pactó el contrato de concesión a precio global, sin que esto signifique vulneración alguna a los derechos colectivos precisados en la demanda.

2.3.3. Como de todos es conocido, el valor final de una obra resulta influenciado por muchas variables las cuales no pueden observarse sino hasta el momento mismo en que se culmine el contrato. Es importante recordar que para este tipo de contratos no sólo el contratista garantiza un resultado en la etapa de construcción, sino además garantiza el mantenimiento por un lapso de 5 años una vez terminada la ejecución.

#### *2.4. Transmilenio S.A.*

Intervino a través de apoderado judicial, para oponerse a las pretensiones de la demanda (fls. 941 a 960 cdno. ppal. 2º). Los argumentos de defensa son, en síntesis, los siguientes:

2.4.1. Transmilenio actúa en forma rogada y a solicitud del IDU, compareciendo a cada proceso contractual como pagador de las obligaciones adquiridas por aquél; dentro del marco reglamentario que distribuye funciones y el acuerdo suscrito entre el IDU y Transmilenio S.A., no se le asigna a este último la responsabilidad por la vigilancia y control sobre las actuaciones del primero.

2.4.2. La demanda hace cuestionamientos relacionados con los modelos financieros y jurídicos de la licitación y sus efectos sobre el contrato de concesión, realizados con esquemas financieros estructurados por los demandantes, encaminados a cuestionar la contratación del proyecto a precio global. En efecto, la censura se edifica desde una perspectiva de contratación a precios unitarios y no a un modelo de contrato de concesión de obra pública con mantenimiento de la misma.

2.4.3. En ese orden de ideas, se impone la negativa de las pretensiones de la demanda, por inexistencia de la violación o peligro contingente de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público; de allí que, en relación con Transmilenio S.A., se deberá declarar probada la carencia de legitimación en la causa por pasiva.

*2.5. Consorcio Silva Fajardo y Cia. Ltda. – Silva Carreño y Asociados S.A. – Sedic S.A.*

Las sociedades Silva Fajardo y Cia. Ltda., Silva Carreño y Asociados S.A., y Sedic S.A., contestaron la demanda mediante apoderado judicial, para apartarse de las súplicas elevadas con base en el siguiente razonamiento (fls. 1215 a 1235 cdno. ppal. 3º):

2.5.1. Debe precisarse que el valor de la adjudicación de la licitación y, en consecuencia, el valor del contrato de obra no tiene que corresponder al precio especificado en los estudios y diseños inicialmente elaborados por el consultor, puesto que el monto del contrato responde en esencia al mercado, y no necesariamente tiene que coincidir con el presupuesto del diseñador, toda vez que la modalidad de contratación le daba a los proponentes la posibilidad de modificar los diseños y utilizar los procedimientos constructivos que consideraran más apropiados para la ejecución de las obras, lo cual se refleja de manera directa en el valor de cada una de las propuestas presentadas.

2.5.2. Pretender establecer el costo final del puente de tercer nivel de la calle 92, con base en unos estimativos de las cantidades de obra efectuada por los demandantes, teniendo tan sólo en cuenta unos ítems del presupuesto y de manera independiente a los costos directos e indirectos en que realmente ha incurrido el concesionario, constituye una absoluta equivocación, máxime cuando la construcción del puente, y en general de ese tramo no ha culminado. De otra parte, la oferta presentada por el concesionario constituía un precio global fijo para todas las obras objeto de la licitación, sin discriminar el costo de cada uno de los capítulos o de las etapas parciales objeto de la concesión, motivo por el cual sus diversos componentes o actividades individuales no pueden ser evaluados de forma independiente, como quiera que los mayores o menores valores que resulten por el contratista forman parte del riesgo que éste asumió al momento de suscribir el contrato.

2.5.3. Aunque en el presente caso no fue responsabilidad del contratista la estructuración jurídico – financiera del proyecto, es importante hacer referencia a un factor esencial que ha sido ignorado por los demandantes, esto es, el riesgo.

En ese orden de ideas, afirmar que existe un sobre dimensionamiento del proyecto sólo porque al efectuar una modificación al diseño de una fase del contrato –aspecto permitido bajo la modalidad de contratación acordada por las partes–, el concesionario pudiere llegar a obtener un ahorro sin tener en cuenta las demás contingencias y costos de la obra, constituye una equivocada interpretación de los fundamentos y principios que gobiernan la modalidad de contrato a precio global fijo.

## *2.6. Durán & Osorio Abogados Asociados y María Isabel Patiño*

Contestaron la demanda, en el mismo memorial, tanto el representante legal de la firma mencionada, quien ostenta la condición de abogado, como la señora María Isabel Patiño, ex directora del IDU, y si bien respecto de esta última no se admitió la demanda, se vinculó al proceso y solicitó ser tenida como parte; así mismo, manifestó darse por notificada mediante conducta concluyente (fls 805 a 852 cdno. ppal. 2º).

Los argumentos de defensa fueron planteados en los siguientes términos:

2.6.1. No puede entonces aceptarse que obra una violación contra los principios de la contratación estatal y la moralidad administrativa, simplemente porque a los demandantes les parece que los contratos suscritos por el sistema de precio global pese a ser válidos no atienden el interés público.

2.6.2. En la acción popular incoada no obra referencia alguna a la existencia de una conducta transgresora del ordenamiento jurídico, pues la actuación estuvo completamente ajustada a derecho, como lo reconocen los propios actores. De acuerdo con estos, lo que origina la presunta vulneración a los derechos colectivos es la rigidez de un contrato que genera la imposibilidad para el Estado de participar en unos supuestos ahorros que habría obtenido el contratista, lo que no sólo resulta ser falso como afirmación, sino adecuado como causal de vulneración del derecho colectivo que supuestamente se pretende proteger mediante esta acción.

## **3. Audiencia especial de pacto de cumplimiento**

De conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la ley 472 de 1998, se citó a las partes y al agente del Ministerio Público, con el fin de llevar a cabo audiencia de pacto de cumplimiento, la que se realizó el 30 de marzo de 2005.

La audiencia se declaró fallida debido a la ausencia de fórmulas de arreglo entre las partes interesadas (fls. 1295 a 1304 cdno. ppal. 3º).

#### **4. Coadyuvancia**

Dentro de la audiencia de pacto de cumplimiento la Contraloría Distrital de Bogotá D.C., solicitó ser tenida como coadyuvante, en los términos establecidos en el artículo 24 de la ley 472 de 1998. Preciso que si bien llegó al proceso en calidad de tercero vinculado como lo permite el artículo 18 *ibidem*, ello no constituye óbice para coadyuvar las súplicas de la demanda (fl. 1299, 1300 y 1303 cdno. ppal. 3º). En la audiencia, el Magistrado Director del proceso, en la primera instancia, aceptó la coadyuvancia.

#### **5. La providencia apelada**

El 13 de septiembre de 2007, la Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda (fls. 1625 a 1659 cdno. ppal. 2ª instancia). En la providencia se denegó el amparo a los derechos colectivos precisados en el libelo introductorio, esto es, la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, pero se decretó, de manera oficiosa, la protección a los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas, la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, y la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, dando prevalencia a la calidad de vida de los habitantes.

En efecto, en el fallo se puntualizó:

“(…) En este estado de cosas, encuentra la Sala que para el pago del contrato se pactó una remuneración global para la totalidad de las actividades convenidas, quedando claro entre las partes que ninguna podía reclamar a la otra mayores remuneraciones o compensaciones según el caso, por diferencias entre los valores calculados y los realmente ejecutados, lo anterior, teniendo en cuenta la forma de pago

a plazos, la garantía sobre los resultados y lo ya expuesto relativo al traslado de los riesgos hacia el concesionario.

“Así, tomando en consideración dicha figura de la remuneración global del contrato, y analizando los medios probatorios allegados al proceso, concluye la Sala que en este caso realmente no es posible establecer un valor exacto y total de la construcción del puente de tercer nivel de la calle 92, el cual fue realizado como parte integrante de otras tantas obras que se adjudicaron en la misma concesión para adecuar un tramo vial y, además, dicho puente no había sido concluido para la fecha de presentación de la acción, tal y como lo han sostenido las partes citadas al proceso, lo cual deja sin fundamento alguno de los argumentos de la parte accionante relativos a los sobrecostos injustificados en la planeación y en la ejecución de dicha obra.

“(…) En este contexto, la Sala acepta que según el sistema de contratación bajo el cual fue construido el puente de la calle 92, se permita la modificación de los diseños propuestos trasladando el riesgo y manteniendo la remuneración inicialmente pactada pues éste se ajusta a los modelos legales y no viola la moralidad administrativa ni el patrimonio público...

“(…) No obstante lo anterior, para estudiar cabalmente la influencia de la contratación mencionada sobre la totalidad de derechos colectivos que se deben salvaguardar frente a la comunidad se hacen las siguientes consideraciones:

“La Sala no desconoce que en virtud del principio de congruencia previsto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, debe existir coherencia entre la petición formulada por el actor y la decisión adoptada por el juez; sin embargo, dicha figura tiene un alcance menos restringido en relación con la acción popular por su naturaleza de acción constitucional, la cual desborda el límite del interés particular, para perseguir la protección integral de unos derechos de rango superior y de interés general para la colectividad.

“De esta manera es viable que el juez popular se aparte de los planteamientos del actor popular, en aras de garantizar los intereses de la colectividad, siempre y cuando se sujete a los hechos y las pruebas contenidas dentro de la acción.

“(…) Desde estas preceptivas y de cara al informe tan preocupante que emite la Contraloría de Bogotá, no puede la Sala desconocer su contundencia y seriedad probatoria, para demostrar que la ciudadanía puede encontrarse en riesgo al hacer uso del puente de la calle 92 situación ésta que puede ser técnicamente previsible y superable.

“(…) En ese sentido, y precisamente en aras de garantizar el derecho a la seguridad frente a cada persona que se movilice por encima y por los carriles inferiores del puente de tercer nivel de la calle 92, esta Sala considera necesario ordenar al concesionario Metrodistrito S.A., que asuma su responsabilidad y para evitar que se presenten los eventuales pero graves hechos que se pueden desencadenar en caso

de accidente sobre dicho puente, proceda a realizar con su presupuesto, todas las obras que sean necesarias para que se eviten a cabalidad las consecuencias funestas que ya han sido expuestas.

“(…)”

## **6. Los recursos de apelación**

Inconformes con la decisión, los apoderados judiciales del concesionario Metrodistrito S.A., del IDU, y de la Bogotá D.C. – Alcaldía Mayor de Bogotá, presentaron sendos recursos de alzada para solicitar su revocatoria.

### *6.1. Instituto de Desarrollo Urbano “IDU”*

Como argumentos de la impugnación se expusieron, en síntesis, los siguientes (fls. 1661 a 1665 cdno. ppal. 2ª instancia):

6.1.1. La Contraloría Distrital en consideración al cumplimiento dado por el IDU a cada uno de los compromisos contenidos en el plan de auditoría distrital “PAD 2007”, produjo el informe final de auditoría gubernamental con enfoque integral, y en el mismo consideró que el control de advertencia relacionado con la seguridad del puente de tercer nivel de la calle 92 se encontraba cumplido, razón por la que se concluía que no existía riesgo para los usuarios.

6.1.2. La sentencia de primera instancia hizo un juicioso análisis en relación con los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, para considerar que los mismos no fueron desconocidos con la construcción del puente de tercer nivel de la calle 92; no obstante, el tribunal a la hora de decretar la protección de los derechos colectivos a la seguridad pública, la prevención de desastres, y la realización de las edificaciones y construcciones respetando las disposiciones jurídicas, no tuvo en cuenta los últimos pronunciamientos de la Contraloría de Bogotá, que dan cuenta de que se cumplieron los estándares de seguridad del citado puente, puesto que se aceptaron las objeciones formuladas por el órgano de control.

### *6.2. Bogotá D.C. – Alcaldía Mayor de Bogotá*

Los argumentos de defensa fueron desarrollados en los siguientes términos (fls. 1681 a 1683 y 1723 a 1727 cdno. ppal. 2ª instancia):

6.2.1. Se tiene que el puente de la 92, en la actualidad cumple con los estándares y requisitos de seguridad, lo que desvirtúa la condena decretada en la sentencia apelada.

6.2.2. Si bien el Distrito Capital no formuló expresamente la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, sí debió ser resuelta y declarada en la providencia, como quiera que a lo largo del escrito de contestación de la demanda se insistió en la ausencia de interés que le asiste a Bogotá D.C., en relación con los hechos que se debaten en el proceso, puesto que debe insistirse en que es el IDU la entidad llamada a representar al Distrito en este asunto.

### 6.3. *Metrodistrito S.A.*

Dentro de la oportunidad procesal, el apoderado judicial del contratista concesionario, interpuso recurso de apelación con apoyo en el siguiente razonamiento (fls. 1666, 1694 a 1717 cdno. ppal. 2ª instancia):

6.3.1. La parte demandante sometió a la decisión de la justicia un asunto concreto y claramente delimitado, encaminado a establecer si la modificación de los diseños del puente de tercer nivel ubicado en la calle 92 de Bogotá, que forma parte del contrato de concesión No. 106 de 2003, celebrado entre el IDU y Metrodistrito S.A., fue violatoria de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, como consecuencia de un supuesto beneficio económico obtenido por el concesionario. Este y no otro era el objeto de la litis.

6.3.2. Sin embargo, en una actuación que excede la aplicación razonable del principio *iura novit curia*, el tribunal pasó a ocuparse de hechos no mencionados en la demanda, a fin de establecer al momento del fallo la supuesta violación de derechos colectivos no referidos por los demandantes; además, la determinación adoptada se apoyó única y exclusivamente en un documento que no formaba parte del acervo probatorio por haber sido allegado al proceso de forma irregular y extemporánea, sin que de ese documento se hubiera dado traslado al extremo demandado.

6.3.3. Es sabido y reconocido que tratándose de acciones populares el artículo 34 de la ley 472 de 1998, amplía los límites que el artículo 305 del CPC impone al juez en cuanto a la congruencia de la sentencia se refiere, pero la interpretación de esa norma no puede llevarse al extremo de admitir que el juez esté facultado, incluso, para fallar con fundamento en hechos distintos a los contenidos en la demanda, y adoptando decisiones que no se corresponden, en lo más mínimo, con las pretensiones de la misma.

En ese orden de ideas, el juez de la acción popular está facultado para exceder el límite de las pretensiones y fallar *extra y ultra petita*, en aplicación del artículo 34 de la ley 472 de 1998, pero no puede apartarse también del marco de los hechos de la demanda, por cuanto con ello se atenta contra el derecho de defensa y contradicción de la parte demandada. En ese sentido, es importante dar aplicación a lo consignado en la sentencia del 17 de junio de 2001, en el proceso AP-166.

6.3.4. De otro lado, el documento que fundamentó la decisión objeto de apelación, fue aportado de manera irregular, circunstancia por la que la sociedad Metrodistrito S.A., no sabía –ni tenía porqué presumir– que en el proceso adelantado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, debía hacer valer sus argumentos de defensa frente a un documento emitido por un tercero, que no formaba parte del acervo probatorio del proceso, y que no existía cuando se presentó la demanda ni cuando se contestó la misma.

## **7. Pruebas en segunda instancia**

En auto del 5 de junio de 2008, el Despacho accedió a las pruebas solicitadas por el mandatario judicial de Metrodistrito S.A., como quiera que se dirigen a acreditar hechos nuevos acaecidos con posterioridad al proveído que abrió a pruebas en primera instancia (fls. 1771 a 1773 cdno. ppal. 2ª instancia).

## **8. Alegatos de conclusión en la segunda instancia**

En auto del 30 de octubre de 2008 (fl. 1886 cdno. ppal. 2ª instancia), se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, etapa en la que intervinieron la parte actora, el Distrito Capital, el IDU, el consorcio Silva Fajardo y Cia. Ltda. – Silva Carreño y Asociados S.A. – Sedic S.A., y las sociedades que lo integran, así como la

sociedad Metrodistrito S.A., para insistir en los respectivos argumentos expuestos a lo largo del proceso (fls. 1856 a 1859; 1869 a 1874; 1875 a 1882; 1888 a 1893, y 1894 a 1918 cdno. ppal. 2ª instancia).

### **9. Manifestación de impedimento del señor Consejero de Estado Doctor Mauricio Fajardo Gómez**

De folios 1922 a 1923 del cuaderno principal de segunda instancia, obra manifestación de impedimento del señor Consejero de Estado, doctor Mauricio Fajardo Gómez, por encontrarse incurso en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 150 del C.P.C., toda vez que, según se puntualizó, el 26 de diciembre de 2007, la sociedad F&B Abogados Asociados Ltda., de la cual es socia y representante legal la cónyuge del señor Magistrado celebró contrato de prestación de servicios con el Instituto de Desarrollo Urbano "IDU", entidad que obra como demandada dentro del proceso.

En ese orden de ideas, le será aceptado el impedimento manifestado, circunstancia por la que será separado del conocimiento y decisión del asunto de la referencia.

## **II. CONSIDERACIONES**

Los actores populares fundamentaron sus pretensiones en la actuación de las entidades públicas y contratistas demandados, concretamente, al haberse permitido la modificación, por parte de la sociedad contratista, de los diseños de construcción del puente de tercer nivel de la Calle 92, lo que significó un ahorro en la ejecución de la obra, valores que han debido retornar al patrimonio público distrital, so pena de vulnerarse los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, contenidos estos en la ley 472 de 1998.

### **1. Identificación del problema jurídico y ámbito de estudio a partir de los recursos de apelación interpuestos**

A partir del estudio de los recursos de apelación interpuestos por el IDU, Bogotá D.C., y Metrodistrito S.A., debe precisarse que son dos los problemas jurídicos que la Sala abordará, con miras a establecer si hay lugar a confirmar o revocar la sentencia recurrida, con la expresa aclaración de que el análisis del segundo

problema jurídico dependerá del resultado que arroje la definición del primero. En efecto, el primer problema jurídico consiste en determinar si, en el caso concreto, se vulneró el principio de congruencia y, por consiguiente, si era posible que el *a quo* estudiara hechos y derechos colectivos no contenidos en el libelo introductorio; ahora bien, en caso de que se concluya que en el caso concreto era factible desbordar el definido marco fáctico y jurídico de la demanda, el tópico que habrá que establecer inmediatamente, consiste en determinar si de manera efectiva se demostró en el proceso que el puente presentaba falencias de seguridad, y si en la actualidad esas circunstancias ya fueron superadas.

## **2. Naturaleza y finalidad de las acciones populares**

Con la Constitución Política de 1991, el Estado Colombiano adoptó la fórmula político – jurídica *Social de Derecho (Sozialstaat)*, de tal manera que la persona o individuo reconocido como parte integral de la estructura social y política, pasó a ser el eje central de las estrategias, propósitos y funciones públicas, se adoptó así un modelo antropocéntrico de ordenamiento jurídico, como quiera que el gran protagonista del mismo es el hombre.

Así las cosas, el conjunto de derechos reconocidos positivamente, en cabeza de las personas y de la colectividad, por el ordenamiento jurídico, se convierte en el núcleo central del Estado, de tal suerte que el principio del Estado Liberal de Derecho, de sujeción estricta de las autoridades y los particulares a la ley, empieza a ser matizado por otro principio de respeto y protección de los derechos y garantías reconocidas; el texto constitucional, junto con su catálogo de garantías individuales y colectivas se erige como el estandarte del ejercicio del poder público.

En esa perspectiva, la labor del juez adquiere una especial y particular relevancia, principalmente, a través del conocimiento y decisión de las llamadas acciones constitucionales. Es por ello que la tarea del operador judicial, a partir de la posguerra, adquiere una nueva concepción y dimensión, en la medida que deja de ser, simplemente, en términos de Montesquieu, “*la boca que pronuncia las palabras de la ley*”, para apoderarse de una labor activa en la que, cualquiera que sea su jurisdicción o competencia, debe aplicar la ley bajo la óptica de la verdadera protección de los derechos; de tal suerte que el juez no debe limitarse a la aplicación de postulados normativos –de forma silogística- sino que debe velar porque en la

actividad de realización del derecho se satisfagan, de la mejor manera posible, todas las garantías constitucionales y legales del individuo y de la colectividad en la que aquél se encuentra inmerso. En este aspecto juega, por consiguiente, un papel preponderante la lógica de lo razonable y la justicia, puesto que sólo a partir de esa perspectiva se entiende la función jurisdiccional.

Entonces, bajo ese nuevo paradigma, la Carta Política brindó una serie de herramientas jurídicas, principalmente las acciones judiciales de rango constitucional, para que cualquier persona pudiera reclamar, ante los jueces de la república, la efectividad de los derechos individuales o colectivos y dentro de aquéllas encontramos las denominadas acciones populares (artículo 88 C.P.)<sup>3</sup>, cuyo propósito es la protección, y preservación material y cierta de los derechos e intereses colectivos, ante la vulneración o amenaza – por acción o por omisión -de que pueden ser objeto por parte de los particulares – ejerzan éstos o no función pública-, o de las autoridades y entidades públicas.<sup>4</sup>

Con fundamento en el artículo 88 ibídem, el legislador profirió la ley 472 de 1998, en donde instituyó la acción popular como una de aquellas de naturaleza principal y autónoma, cuyo objetivo es la protección de los derechos e intereses colectivos, en la medida que pretenden evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio de que sean objeto los mismos (artículo 2º ley 472 de 1998).

La acción popular, dada la importancia y relevancia jurídica de los bienes que protege, tiene un trámite preferente, salvo las excepciones consagradas legalmente

---

<sup>3</sup> Establece el artículo 88 constitucional: “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

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

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

<sup>4</sup> Acerca del reconocimiento constitucional de los derechos colectivos y de las acciones para su efectiva protección, la jurisprudencia constitucional ha señalado lo siguiente: “La constitucionalización de estas acciones obedeció entonces, a la necesidad de protección de los derechos derivados de la aparición de nuevas realidades o situaciones socio-económicas, en las que el interés afectado no es ya particular, sino que es compartido por una pluralidad mas o menos extensa de individuos. Las personas ejercen entonces, verdaderos derechos de orden colectivo para la satisfacción de necesidades comunes, de manera que cuando quiera que tales prerrogativas sean desconocidas y se produzca un agravio o daño colectivo, se cuente con la protección que la Constitución le ha atribuido

(artículo 6º ley 472 de 1998); así mismo, tal y como se manifestó y, a diferencia de otras acciones de rango constitucional – v.gr. acción de tutela -, ostenta un carácter autónomo y principal; motivo válido para afirmar que su ejercicio no depende de la existencia de otro mecanismo de defensa, de un trámite administrativo independiente, o de lo que pueda decidirse en otro proceso judicial de carácter ordinario.

Como quiera que la acción es autónoma y principal, no es viable que se formulen reparos para su ejercicio, diferentes a los que corresponden a las reglas procesales propias para su admisibilidad (artículo 18 ley 472 de 1998); por consiguiente, no resulta pertinente, ni legítimo, que se haga pender la admisión de la acción popular de la procedencia o no de otras acciones principales o subsidiarias, por cuanto ella tiene como objetivo específico y puntal el proteger a los derechos o intereses colectivos invocados en la demanda. Entonces, si bien podrían existir acciones administrativas o judiciales para juzgar la conducta – activa u omisiva – de las entidades o autoridades públicas, o particulares que cumplen función administrativa en relación con determinados hechos, lo cierto es que su admisión y procedencia no dependerá, en ningún caso, de la interposición o iniciación de aquellas acciones o procedimientos.

En ese contexto, es posible que la conducta de alguna persona que lesiona o trasgrede un derecho o interés colectivo pueda ser revisada vía otras acciones constitucionales u ordinarias, principales o subsidiarias, pero, en todos los casos, procederá la acción popular para el juzgamiento de los hechos y conductas que lesionan o amenazan el respectivo derecho colectivo.<sup>5</sup>

Ahora bien, dada la entidad de los bienes jurídicos que se salvaguardan con la acción popular, el legislador dotó al juez de una gama de amplias potestades con el propósito de que tuviera verdaderos instrumentos para hacer cesar la vulneración o amenaza en contra de aquéllos, o para retrotraer las cosas al estado anterior a la vulneración realizada. Sobre el particular, el artículo 34 de la ley 472 de 1998 establece:

---

a las acciones populares, como derecho de defensa de la comunidad. Corte Constitucional, sentencia C-215 de 1999, M.P. Martha Victoria Sánchez.

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

En esa perspectiva, el juez de la acción popular, como juez de rango constitucional, cuenta con una serie de prerrogativas al momento de proferir su decisión, para que, ante la constatación efectiva de una vulneración o amenaza de un derecho o interés colectivo, pueda disponer que se adopten todas las medidas pertinentes y necesarias para la protección de los mismos. Dichas órdenes pueden reflejar obligaciones de hacer, de no hacer, indemnizatorias, de realización de conductas reparatorias o resarcitorias.

Lo anterior no significa una invasión a la órbita de competencias de las demás autoridades o entidades públicas, ni concretamente, de las que ejercen función administrativa, ya que se trata, simplemente, del ejercicio claro del poder que se le concede por la Constitución y la ley al juez constitucional, para que, si encuentra acreditada la vulneración o amenaza de un derecho o interés colectivo, proceda a determinar las medidas procedentes y conducentes que deben ser adoptadas para que cese la conducta lesiva.

En esa nueva perspectiva el texto constitucional se reinventa como aquel catálogo de principios, valores y reglas normativas mediante las cuales se rige la actividad no sólo de las autoridades públicas, sino también de los particulares.

En ese sentido, el profesor Gustavo Zagrebelsky ha precisado lo siguiente:

“La coexistencia de valores y principios, sobre los que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse

---

<sup>5</sup> Sobre el particular, consultar: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia AP-148 de 1º de febrero de 2001, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza M.

incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir... Creo, por tanto, que la condición espiritual del tiempo en que vivimos podría describirse como la aspiración no a uno, sino a los muchos principios o valores que conforman la convivencia colectiva: la libertad de la sociedad, pero también las reformas sociales; la igualdad ante la ley, y por tanto la generalidad de trato jurídico, pero también la igualdad respecto a las situaciones y, por tanto, la especialidad de las reglas jurídicas; el reconocimiento de los derechos de los individuos, pero también de los derechos de la sociedad; la valoración de las capacidades materiales y espirituales de los individuos, pero también la protección de los bienes colectivos frente a la fuerza destructora de aquéllos; el rigor en la aplicación de la ley, pero también la piedad ante sus consecuencias más rígidas; la responsabilidad individual en la determinación de la propia existencia, pero también la intervención colectiva para el apoyo a los más débiles, etc.”<sup>6</sup>

Como corolario de lo anterior puede señalarse que el papel del juez de las acciones constitucionales es preponderante, y busca la materialización de los postulados establecidos en la Carta Política, razón por la que no es admisible imponer límites a la gama de posibilidades otorgadas por el texto constitucional y por la ley para que se proteja la indemnidad de las garantías individuales y sociales. No se trata de un desplazamiento funcional del juez frente a las demás autoridades y entidades públicas, sino, básicamente, de reconocer la existencia de instrumentos efectivos concedidos a la población para que defiendan los lineamientos trazados por el Constituyente. No es nada diferente a la facultad con que dota el ordenamiento al sujeto para que defienda los intereses personales y colectivos en procura de la satisfacción de todas y cada una de las condiciones de vida y desarrollo pleno; en consecuencia, esta es, la responsabilidad que se le otorga al juez constitucional, circunstancia por la cual se le dota del más amplio haz de herramientas para materializar los señalados propósitos.

### **3. Caso concreto**

#### **3.1. El principio de congruencia en materia de acciones populares**

Si bien es cierto que la acción popular es de naturaleza constitucional, y que los derechos que se pretenden amparar con su interposición son aquellos de tipo colectivo, es decir, que pertenecen en principio a toda la colectividad, y que, por consiguiente, muchos de ellos están igualmente reconocidos directamente por el

---

<sup>6</sup> Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo “El derecho dúctil”, Ed. Trotta, Pág. 14 – 16.

texto constitucional, no debe perderse de vista que el principio de congruencia opera también en este tipo de procesos.

En consecuencia, la jurisprudencia ha reconocido, como lo plantea el apoderado de la sociedad contratista demandada, que en tratándose del principio de congruencia en acciones populares, este postulado y garantía del debido proceso se flexibiliza o relaja, para permitir que el juez no esté necesariamente vinculado en relación con algunos aspectos que podrían sistematizarse de la siguiente forma: i) en relación con las medidas deprecadas en la demanda para proteger los derechos o intereses colectivos vulnerados o amenazados, toda vez que de conformidad con el artículo 34 de la ley 472 de 1998, el juez adoptará cualquier orden de hacer, de no hacer, o decretará el pago de perjuicios, con miras a proteger el núcleo del derecho transgredido, razón por la que, constatada la vulneración o el peligro, el juez cuenta con una amplia gama o haz de posibilidades para decretar todas las medidas que estime pertinentes para garantizar el amparo efectivo de los derechos e intereses afectados, ii) en cuanto concierne a la posibilidad de amparar derechos colectivos no invocados expresamente en la demanda, siempre y cuando la acusación de su vulneración se desprenda de las circunstancias fácticas narradas en la *causa petendi* de la demanda, y iii) en relación con hechos que se van presentando a lo largo del proceso, siempre y cuando estén relacionados con los supuestos fácticos establecidos en la demanda. En otros términos, el juez de la acción popular podrá abordar el estudio de nuevos hechos que vayan apareciendo a lo largo del proceso, siempre y cuando aquellos tengan relación con la *causa petendi* formulada en la demanda.

En relación los aspectos antes precisados, la Sala ha puntualizado<sup>7</sup>:

“Como es sabido el juzgador debe observar el principio de congruencia (artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, modificado Decreto 2282 de 1989, art. 1 num. 135<sup>8</sup>)- el cual reviste, por regla general, un carácter absoluto en tanto derivación del principio de imparcialidad rigurosa del funcionario judicial (Aragoneses). Esa consonancia del fallo impone la identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones, imperativo legal, que -como precisa el profesor Devis Echandía<sup>9</sup>- está

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de abril de 2006, exp. AP 2004-640, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>8</sup> “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”

<sup>9</sup>DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, Tomo I, Decimotercera edición, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1994, Pág. 57.

relacionado a la vez con el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 CP) y con el valor de la cosa juzgada.

**“Sin embargo, tratándose del juicio popular este principio de congruencia reviste algunos matices que lo tornan menos absoluto, debido a la naturaleza de la acción y a las particularidades del derecho objeto de protección. Así, v.gr., para la protección efectiva de los intereses colectivos invocados la orden del juez consignada en la sentencia (art. 34 ley 472) no está circunscrita a la conducta pedida en el escrito de demanda; también puede el juez oficiosamente vincular al proceso a otros posibles responsables (art. 18 *eiusdem*); del mismo modo 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 la conducta que se sigue desplegando sea aquella acusada como trasgresora por el actor popular desde la demanda, tal y como lo ha señalado la Sala en criterio que hoy se reitera:**

“para proteger el derecho o interés colectivo el juez, en los términos del artículo 34 de la ley 472 de 1998, expedirá orden de hacer o no hacer, destinada a ser cumplida por la autoridad pública que incurre en la trasgresión, orden que no está circunscrita a la conducta pedida en la demanda, porque el juez actúa con total amplitud y discrecionalidad al momento de disponer lo que corresponda para lograr el amparo del derecho o interés colectivo vulnerado o amenazado, ello en consideración a que la congruencia se predica frente a la petición de protección del derecho o interés colectivo que se afirma vulnerado, y no frente a las conductas que en criterio del actor son suficientes e idóneas para lograr el amparo solicitado.

“Cabe recordar por otra parte que dado el fin supremo que persigue la acción popular – protección de derechos e intereses colectivos -, se ha dotado de amplios poderes al juez popular, tales como que oficiosamente está en el deber de vincular al proceso a cualquiera otra persona que en el curso del mismo surja como posible responsable de la infracción al derecho o interés colectivo, ello siempre que no se haya dictado sentencia de primera instancia, para que tenga oportunidad de asumir su defensa de manera adecuada (artículo 18 ley 472 de 1998).

“Esa vinculación también supera los límites tradicionales del principio de congruencia concebido para las acciones subjetivas y con efecto *inter partes*, como quiera que en virtud de tal vinculación, la sentencia de condena bien puede cobijar también a ese tercero contra quien no se dirigió la demanda.

**“Ahora bien, cuando durante el transcurso del proceso el trasgresor continúa con la realización de las conductas que desde un comienzo el actor indicó como vulnerantes del derecho colectivo cuya protección ha demandado, la sentencia debe pronunciarse no sólo en relación con los hechos de la demanda y los argumentos de la defensa,**

**sino que además deberá referirse al curso que vayan tomando los hechos, a efectos de que la decisión tenga la virtualidad de abarcar con efectividad la protección de los derechos colectivos que encuentre vulnerados, con la condición de que la conducta que se continúa sea aquella acusada como transgresora desde la demanda, en aras de garantizar el debido proceso en una de sus manifestaciones más importantes, el derecho de defensa. Es decir, no puede el juez juzgar hechos cuya existencia no le ha sido puesta de presente en las oportunidades de que disponen las partes dentro del proceso.”<sup>10</sup>**

**“Con todo, y aunque el principio de congruencia en sede popular no tiene la rigidez propia de los procesos ordinarios, también impone algunas restricciones al fallador, entre ellas que el ámbito de competencia del fallador está circunscrito a los derechos colectivos que la demanda acusa como vulnerados (ordinal a) del artículo 18 de la ley 472), en aras de garantizar el derecho de defensa del demandado. No se olvide que de conformidad con el inciso segundo del artículo 6º de la ley 472 el juez popular debe velar por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes, precepto que está en perfecta consonancia con el artículo 9 de la LEAJ, conforme al cual es deber de los funcionarios judiciales respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso. En consecuencia, no se hará pronunciamiento alguno sobre el derecho invocado en el recurso de apelación.” (negritas y subrayado adicionales).**

Como se aprecia de los anteriores planteamientos, el juez de la acción popular puede proferir fallos extra o ultrapetita, así como también dar aplicación al principio *iura novit curia*<sup>11</sup>, para garantizar la protección de los derechos colectivos vulnerados o amenazados; no obstante, las anteriores facultades oficiosas del juez constitucional entran en colisión con el principio al debido proceso y el derecho de defensa de las entidades o personas que fungen como demandadas en un proceso de esta estirpe.

Y en ese orden de ideas, la Sala a partir de la constatación anterior ha recurrido a la ponderación para establecer una postura intermedia que permita atemperar la citada confrontación que existe entre la idónea protección a derechos colectivos amenazados, y los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa. Por

---

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> Al respecto se pueden consultar las sentencias de: 16 de mayo de 2007, exp. 2005-10005, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, 16 de octubre de 2007, exp. 2002-2714, M.P. Ramiro Saavedra Becerra,

consiguiente, se ha elaborado una línea jurisprudencial que reconoce la amplitud con que cuenta el juez de la acción popular para adoptar y determinar todo tipo de medidas (de dar, hacer o no hacer) encaminadas a la satisfacción y garantía de los derechos cuya trasgresión se haya verificado; de otra parte, se ha avalado la posibilidad con que cuenta el juez de la acción popular de estudiar hechos que se produzcan a lo largo del proceso, y que por lo tanto no fueron planteados desde el inicio de la demanda, siempre y cuando los mismos tengan una relación con la *causa petendi* fijada en aquella, así como la posibilidad de amparar derechos colectivos disímiles a los precisados en el libelo introductorio, siempre y cuando, se itera, estén vinculados con los supuestos fácticos que fueron debatidos en el proceso. En efecto, esta postura intermedia, en términos del principio de proporcionalidad satisface el objetivo de las acciones populares, pero de otro lado respeta los parámetros de los derechos de los demandados en un proceso de esta naturaleza.

En esa perspectiva, admitir que el juez de la acción popular falle sobre hechos absolutamente desconocidos y que no fueron objeto del debate a lo largo del proceso, supone sorprender a los demandados, puesto que es precisamente en la sentencia donde aparecerían definidos esos supuestos fácticos que hasta ese momento eran ignorados, por no haber sido, se insiste, materia del debate jurídico y probatorio.

Así las cosas, la Sala no prohija una hermenéutica que circunscriba o limite las facultades reconocidas en el artículo 34 de la ley 472 de 1998, en cabeza del juez constitucional de la acción popular, *a contrario sensu*, la interpretación avalada garantiza que en la sentencia se puedan amparar derechos colectivos no contenidos o precisados con el escrito de demanda; que estudie hechos nuevos que han tenido su desarrollo o producción a lo largo del proceso, siempre y cuando tengan su génesis en la misma conducta que se censura o reprocha con el libelo introductorio, así como la posibilidad de que el administrador de justicia decrete diversidad de medidas encaminadas o tendientes a la garantía efectiva de los derechos colectivos, sin que se encuentre de manera alguna limitado por el marco trazado en la demanda.

Definidos los anteriores planteamientos, la Sala revocará la sentencia apelada ya que le asiste razón a Metrodistrito S.A., al precisar que, con la sentencia apelada el

a quo, desconoció los postulados trazados por la jurisprudencia de esta Corporación en relación con la aplicación del principio de congruencia contenido en el artículo 305 del C.P.C., en relación con las acciones populares.

Lo anterior, toda vez que en el caso concreto la conducta censurada, así como los supuestos fácticos esbozados se refieren a la supuesta vulneración a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, en virtud de la modificación que hizo el contratista – concesionario del diseño del puente de tercer nivel de la calle 92, que le permitió generar, de manera aparente, un ahorro que ha debido ser percibido por el distrito capital, concretamente por el IDU, en su calidad de entidad contratante.

Como se aprecia, las condiciones de las barras de seguridad y protección no fue un aspecto que hiciera parte de la *causa petendi*, y mucho menos se trató de un aspecto que fuera debatido a lo largo del proceso, máxime si se tiene en cuenta que los hechos de la demanda, así como de la coadyuvancia de la Contraloría Distrital de Bogotá se enmarcaron en la necesidad de verificar si se había presentado un sobre costo en la determinación del precio global del contrato de concesión de obra No. 103 de 2003, suscrito entre el IDU y la sociedad Metrodistrito S.A.

De forma tal, que las entidades y sociedades demandadas nunca tuvieron oportunidad de defenderse de los hechos que fueron abordados, analizados y definidos en la providencia de primera instancia, relacionados con el informe presentado por la Contraloría Distrital, en relación con las especificaciones técnicas de las barras de contención del puente de la calle 92; en consecuencia, la conducta que se endilgó en la demanda (sobre costos en la ejecución de un contrato y la necesidad de rembolsar sumas de dinero por parte del contratista a favor del distrito), no se relaciona con los hechos y derechos que terminó finalmente amparando el tribunal de primera instancia, motivo por el que le asiste razón a los recurrentes al precisar que no tuvieron oportunidad de controvertir esa concreta imputación, porque nunca hizo parte de los supuestos fácticos y jurídicos que se debatieron desde el inicio en el proceso.

En consecuencia, si bien la circunstancia de seguridad vehicular del puente de la calle 92 es un tópico que se relaciona con los derechos colectivos que finalmente terminaron siendo amparados con la sentencia apelada, lo cierto es que al haberse adoptado esa decisión se vulneró el principio de congruencia del artículo 305 del C.P.C., aplicable por expresa remisión del artículo 44 de la ley 472 de 1998, así

como los derechos de defensa y al debido proceso de las entidades y sociedades que integran el extremo pasivo de la litis.

Por lo tanto, el *a quo* al constatar la inexistencia de la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, por no haberse acreditado sobre costo o valor en relación con la ejecución del contrato de concesión de obra No. 106 de 2003, pactado a precio global, ha debido limitarse a denegar las pretensiones de la demanda, ya que la conducta (acción u omisión) presuntamente vulnerante, a que se hizo referencia en la demanda, no se relacionaba directa o indirectamente, con el aspecto de seguridad vehicular derivado de las barandas metálicas, aspecto este último sobre el cual se produjo el amparo decretado en la sentencia.

#### **4. Incentivo económico**

Al revocarse la sentencia apelada, y no encontrarse probada la vulneración alegada a los derechos colectivos invocados con el libelo introductorio, se impone la negativa del reconocimiento y pago del incentivo económico de que trata el artículo 39 de la ley 472 de 1998.

Por lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **FALLA :**

**Primero. Acéptase** el impedimento manifestado por el señor Consejero de Estado, Doctor Mauricio Fajardo Gómez.

**Segundo. Revócase** la sentencia apelada, esto es, la proferida el 13 de septiembre de 2007, por la Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En consecuencia, se dispone:

**Tercero. Deniégase** el amparo de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público.

**Cuarto. Niégase** el incentivo de que trata el artículo 39 de la ley 472 de 1998.

**Quinto.** Sin condena en costas.

**Sexto.** Por Secretaría, **remítase** copia de esta providencia a la Defensoría del Pueblo, en los términos establecidos en el artículo 80 de la ley 472 de 1998.

**Séptimo:** Ejecutoriada esta providencia y previas las constancias del caso, por Secretaría, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

**Cópiese, notifíquese y cúmplase**

**ENRIQUE GIL BOTERO**  
Presidente de Sala  
Con aclaración de voto

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**  
Con aclaración de voto

**MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR**

#### **ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO**

#### **MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Naturaleza dual / MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Principio de la función administrativa y derecho colectivo / MORALIDAD ADMINISTRATIVA COMO PRINCIPIO – Concepto. Alcance**

La moralidad administrativa, como tantas veces se ha reiterado por la jurisprudencia y la doctrina, para el caso del ordenamiento jurídico colombiano, presenta dos diferentes rangos normativos: i) como principio de la función administrativa (art. 209 C.P.), y ii) como derecho de naturaleza colectiva (art. 88 C.P.). I) Como principio de la función administrativa, debe entenderse como aquél parámetro normativo de conducta ética que radica, en cabeza de todos los funcionarios, servidores públicos y particulares que ejercen función administrativa, una obligación axiológica y deontológica de comportamiento funcional según los postulados de la honradez, pulcritud, rectitud, buena fe, primacía del interés general y honestidad, sobre las cuales existe un consenso, por parte del conglomerado social, en un período determinado. En esa perspectiva, es claro que no toda ilegalidad implica una inmoralidad y, en esa relación lógica, no toda inmoralidad presupone, necesariamente, una ilegalidad; en efecto, dada la connotación y estructura del principio en estudio, se tiene que su amplitud normativa permite inferir, con grado de certeza, que no toda conducta que lo trasgreda deba, necesariamente, tacharse de ilegal – en el sentido de vulneración de un precepto de dicho orden-. Es posible, por lo tanto, que ciertas acciones desconozcan fundamentos éticos o morales – en términos de la función administrativa-, pero no necesariamente constituyan el quebrantamiento de una disposición de rango legal.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 88 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 209

**MORALIDAD ADMINISTRATIVA COMO DERECHO COLECTIVO – Naturaleza / MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Efectos de su amenaza o vulneración / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Su protección puede reclamarse frente a cualquier autoridad o particular que ejerzan función pública**

El derecho en estudio no sólo se estructura bajo el esquema clásico de un derecho subjetivo – de abstinencia- o de carácter social –prestacional-, sino que su naturaleza y fundamento son especiales y claramente diferenciables de los que así se han definido doctrinalmente (dentro de los cuales encontraríamos a los fundamentales cimentados sobre los principios de libertad e igualdad), y los denominados derechos sociales – que si bien parten del esquema de un derecho subjetivo, se reconoce en ellos un ingrediente adicional como lo es la posibilidad de solicitar una acción positiva por parte del aparato estatal-. Así las cosas, el derecho colectivo a la moralidad administrativa supone una visión bifronte o dual, respecto a la formulación y en relación con los efectos que produce su eventual amenaza o vulneración, en tanto que, como derecho o interés colectivo, su protección puede ser deprecada en términos negativos (abstinencia de ciertas conductas), o en positivos (la realización material de un determinado acto o hecho). De allí que, la textura del derecho colectivo a la moralidad administrativa (art. 88 C.P.) permite que su protección no sólo pueda ser reclamada frente a las autoridades que cumplen función administrativa –a diferencia de su aplicación como principio de la función administrativa (art. 209 C.P.)-, sino en relación con cualquier autoridad o particular que ejerzan función pública y que, por consiguiente, a través de su actuar puedan llegar a amenazar o vulnerar el mismo; y, de otra parte, es pertinente resaltar la posibilidad con que cuenta cualquier persona de solicitar del juez competente una medida de protección eficiente e idónea, que consista bien en un deber de abstinencia, o en un actuar positivo por parte del sujeto pasivo de la respectiva acción popular, todo con el fin de hacer cesar la amenaza o violación o, en su defecto, restituir las cosas al estado anterior a dicha circunstancia.

**MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Alcance / MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Debe juzgarse desde la perspectiva de los principios, valores y reglas constitucionales y legales que rigen la función pública**

La moralidad administrativa como derecho colectivo radica en cabeza de todas las personas que integran el núcleo social, la posibilidad de acudir ante el aparato jurisdiccional del poder público para reclamar, vía judicial con efectos de cosa juzgada *erga omnes*, mediante el agotamiento de un proceso legalmente establecido, la protección del citado derecho o interés colectivo que se ve vulnerado por la conducta activa u omisiva de un servidor público o de un particular que puede o no ejercer *función pública*, a causa del desconocimiento de ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación. Así las cosas, la moralidad administrativa entendida como derecho colectivo permite censurar la actividad de la administración pública o de los particulares en ejercicio de función pública, puesto que el juicio en estos eventos se relacionará con el respeto por los parámetros éticos que, desde la perspectiva de los principios, valores y reglas constitucionales y legales, deben regir el cumplimiento de la función pública. En esa perspectiva, no corresponderá al juez de la acción popular imponer una postura subjetiva o individual de la moralidad, sino que, conforme a la multiplicidad de principios y valores reconocidos expresamente a lo largo del texto constitucional, junto con el sentido común (*sensus communis*), definir si en el caso concreto se vulneró o trasgredió el derecho.

**NOTA DE RELATORIA:** Corte Constitucional, sentencia C-046 de 1994

**MORALIDAD ADMINISTRATIVA – No puede ser integrado por normas legales o reglamentarias sino con un criterio ético objetivo que entronice los principios de la Constitución Política / MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Se conforma por preceptos éticos y morales / ETICA OBJETIVA – Concepto**

El sistema normativo colombiano no se ensambla exclusivamente por reglas de derecho (legalidad en sentido estricto), sino que, además, como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, existen preceptos jurídicos de otros estatus diferentes a aquéllas, como por ejemplo, los principios y valores constitucionales. Ahora bien, si la moralidad administrativa tiene una dimensión doble que permite abordar su análisis como principio y como derecho colectivo de rango constitucional, es claro que su contenido no puede ser integrado o llenado a partir de las disposiciones de índole legal o reglamentario, según la jerarquía normativa, puesto que ello supondría avalar una teoría a partir de la cual un precepto superior podría ser dotado de contenido por uno de inferior nivel. En ese orden de ideas, si el referido sistema se fundamenta en una estructura jerárquica, no es admisible entender que disposiciones de rango inferior suplan el contenido y alcance de las superiores. En esa línea de pensamiento, la moralidad administrativa, se itera, en su doble dimensión necesariamente debe ser colmada con un criterio ético objetivo que se entronice en los principios jurídicos y normativos de la Constitución Política. De allí que, en ese horizonte, la ética objetiva u objetivizada que colma el contenido y alcance de la moralidad, no se encuentra delimitada por el propio ordenamiento jurídico; en otros términos, los preceptos éticos y morales que conforman el concepto de moralidad administrativa –como principio y como derecho colectivo– son aplicados en cada caso concreto por el operador jurídico, a partir de la valoración de ese cúmulo o conjunto de preceptos de rango constitucional que se hallan enunciados en el preámbulo y los primeros artículos constitucionales, pero que no se agotan allí, puesto que existen otros dispersos a lo largo de la Carta Política. En esa perspectiva, la moralidad administrativa en su doble dimensión no remite a una moral o ética particular –específicamente la del juez en cada caso concreto–, sino que, por el contrario, se refiere al concepto de eticidad o ética objetiva, esto es, al conjunto de postulados y parámetros de conducta que son avalados en un determinado tiempo y espacio por la sociedad, según los principios, valores y reglas fijadas en el ordenamiento jurídico. La moralidad debe necesariamente romper los esquemas de legalidad y juricidad, como quiera que el juez de la acción popular, en la gran mayoría de casos, a efectos de establecer si en un determinado evento se trasgredió la moralidad o no, deberá valorar la eticidad o ética objetiva, con miras a definir si en ese contexto de tiempo, modo y lugar, los supuestos que se someten a su consideración constituyen una violación al derecho colectivo objeto de estudio. El concepto de moralidad administrativa debe desbordar los marcos que le han sido impuestos como limitante, para dar lugar a una interpretación que, sin caer en la arbitrariedad, ilegalidad o abuso de poder, permita al juez aplicar los principios y valores constitucionales a partir de un contenido ético y moral objetivos que se encuentran en la sociedad y tienen su justificación en el mismo ordenamiento jurídico, en la experiencia de lo razonable, en la ética colectiva y, principalmente, en el sentido común, sin que el juez se limite a estructuras única y exclusivamente legales o jurídicas para dar sentido al principio – derecho colectivo bajo análisis.

**CONSEJO DE ESTADO**

## **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

### **SECCIÓN TERCERA**

**Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO**

Bogotá D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil nueve (2009).

**Número de Radicación: 25000-23-25-000-2004-02418-01 (AP)**

**Actor: MIGUEL ANGEL MORALESRUSSI Y OTRO**

**Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO “IDU” Y OTROS**

**Referencia: ACLARACION DE VOTO**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien, desde luego, comparto la decisión adoptada el 2 de septiembre de 2009, de la cual fui ponente, en el proceso de la referencia, aclaro mi voto en relación con un aspecto de la parte motiva que de conformidad con la posición mayoritaria, quedó plasmada en la respectiva sentencia.

#### **1. Argumentos sobre los cuales recae la presente aclaración de voto**

En la providencia señalada, la Corporación revocó la decisión apelada y, por lo tanto, denegó el amparo de los derechos colectivos invocados en la demanda.

Ahora bien, en el proyecto sometido a consideración de la Sala se incluía un acápite dirigido a desarrollar el contenido y alcance del derecho colectivo a la moralidad administrativa, entendiéndola como principio de la función administrativa y como derecho colectivo que puede ser amparado siempre que se constate la transgresión a la ética objetiva. En la discusión del asunto la posición mayoritaria adoptó la determinación de suprimir el mencionado capítulo, razón por la que se aclara el voto en relación con la providencia de la cual, reitero, fui el Consejero Ponente.

#### **2. Razones y fundamentos de la aclaración**

A continuación transcribo las consideraciones que estaban vertidas en el proyecto sometido a consideración de la Sala, en relación con el contenido y alcance del derecho colectivo a la moralidad administrativa:

## El principio - derecho a la moralidad administrativa

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

Lo anterior, como quiera que dada la *textura abierta*<sup>12</sup> que ostenta, su interpretación debe efectuarse con base en los contenidos axiológicos, políticos e ideológicos que operen en la sociedad, y que desde el plano filosófico hagan parte de los parámetros aceptados por la comunidad al integrarse en un tiempo y lugar determinados, siempre que no desconozcan la condición humana y, por consiguiente, no atenten contra su dignidad.

En efecto, la moralidad administrativa, como tantas veces se ha reiterado por la jurisprudencia y la doctrina, para el caso del ordenamiento jurídico colombiano, presenta dos diferentes rangos normativos: i) como principio de la función administrativa (art. 209 C.P.)<sup>13</sup>, y ii) como derecho de naturaleza colectiva (art. 88 C.P.)<sup>14</sup>.

l) Como *principio*<sup>15</sup> de la función administrativa, debe entenderse como aquél parámetro normativo de conducta ética que radica, en cabeza de todos los

---

<sup>12</sup> HART, H.L.A. "El concepto del derecho", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires. Sobre este punto se puede consultar igualmente: "La responsabilidad patrimonial del Estado frente al derecho colectivo y el principio constitucional de la moralidad administrativa", AMAYA Olaya, Uriel, IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Ed. Universidad Externado de Colombia, Pág. 804.

<sup>13</sup> Art. 209.- La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones..."

<sup>14</sup> Art. 88.- La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad públicos, la moralidad administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

<sup>15</sup> "Los valores son **normas que establecen fines** dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son **normas que establecen un deber ser específico** del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta, es decir, sólo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. De manera similar, la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado, de eficacia. Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto." (Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón -negrillas del original).

funcionarios, servidores públicos y particulares que ejercen función administrativa, una obligación axiológica y deontológica de comportamiento funcional según los postulados de la honradez, pulcritud, rectitud, buena fe, primacía del interés general y honestidad, sobre las cuales existe un consenso, por parte del conglomerado social, en un período determinado.

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

En ese contexto, resulta válido afirmar que es posible que el operador judicial encuentre probado un desafuero en relación con los parámetros del principio de la moralidad administrativa, sin que, previamente, tenga que verificarse la violación de una norma legal positiva. En ese orden de ideas, se concluye que el concepto de moralidad administrativa, como principio de la función administrativa, desborda necesariamente, por su textura conceptual, el marco de lo legal y lo ilegal.

Corresponderá por lo tanto, en cada caso concreto, determinar si la conducta de los servidores públicos o particulares que desempeñan función administrativa, se puede enmarcar dentro del campo que traza el principio objeto de análisis.

II) Ahora bien, la moralidad administrativa entendida como derecho colectivo se erige como uno de los grandes logros obtenidos con la transformación del Estado Liberal y del Estado de Bienestar de siglo XIX, en la fórmula político – jurídica Social y Democrático de Derecho, en la medida que implica un cambio de concepción política en torno al nuevo centro de legitimidad del poder público, en tanto se abandona la idea del principio de legalidad como principal y único instrumento de legitimidad para, en su lugar, aceptar una serie de derechos no sólo de rango fundamental sobre los cuales se basamenta y estructura la organización estatal. En esa medida, el nuevo catálogo de derechos de diversas generaciones se yergue como el principal derrotero a través del cual debe ejercerse el poder público.

En esa perspectiva, la moralidad administrativa se radica en cabeza de todos y cada uno de los miembros del conglomerado social. Así las cosas, como lo reconoce Tugendhat, el sustrato de los derechos no puede ser el principio de libertad e igualdad, sino el de necesidad<sup>16</sup>, dado que no todos los individuos actúan de forma autónoma y autosuficiente en la reclamación de la protección de sus derechos subjetivos (fundamentales), sociales, o colectivos. Por consiguiente, la positivización que hace la Carta Política en relación con el derecho colectivo a la moralidad administrativa, es el reconocimiento expreso que se otorga a todos los miembros de la población para que, soliciten el respeto por los parámetros culturales, morales y éticos que se comparten y son aceptados – en un juicio de universalidad (imperativo categórico), en términos Kantianos - por la comunidad<sup>17</sup>.

En esa medida, es válido afirmar que el derecho en estudio no sólo se estructura bajo el esquema clásico de un derecho subjetivo – de abstinencia- o de carácter social –prestacional-, sino que su naturaleza y fundamento son especiales y claramente diferenciables de los que así se han definido doctrinalmente (dentro de los cuales encontraríamos a los fundamentales cimentados sobre los principios de libertad e igualdad)<sup>18</sup>, y los denominados derechos sociales – que si bien parten del esquema de un derecho subjetivo, se reconoce en ellos un ingrediente adicional como lo es la posibilidad de solicitar una acción positiva por parte del aparato estatal-<sup>19</sup>. Así las cosas, el derecho colectivo a la moralidad administrativa supone

---

<sup>16</sup> Cf. Tugendhat, E. "Lecciones de Ética", Ed. Gedisa, Pág. 338.

<sup>17</sup> "De tales consideraciones nace la tesis kantiana y, posteriormente, arendtiana, de la "mentalidad amplia" como característica de la actividad de juzgar. Comparar mi juicio con otros posibles juicios es desarrollar un "pensar extensivo", que elude enquistarse en el interés propio y en la visión singular de las cosas. Pero, a mi modo de ver, lo más sugerente de la doctrina del juicio de Kant, que Arendt hace suya, es que ésta comienza con el análisis del juicio estético para hacerlo extensivo luego al juicio moral. De esta forma, en el caso de Kant, se subvierte el procedimiento de tomar como punto de partida la razón pura práctica, y la fórmula del imperativo categórico contenido en ella, como criterio que ha de juzgar o filtrar la máxima subjetiva de la acción moral. De acuerdo con Kant, sólo aquellas máximas que puedan ser pensadas como universalizables o no contrarias a la dignidad humana serán máximas morales. Son los principios formales de la universalidad o de la humanidad como fin los que se aplican para juzgar la acción moral. Si a Arendt le cautiva más la Crítica del juicio que las obras propiamente éticas de Kant es, sin duda, porque viene a confirmar su idea de que no es a través de los principios, sino de lo concreto y del ejemplo, que percibimos la acción moral." CAMPS, Victoria "Hannah Arendt. La moral como integridad", Pág. 9.

<sup>18</sup> "(...) Este concepto de derecho individual coincide con el concepto de derecho subjetivo de la dogmática jurídica en la medida que todos los derechos individuales son derechos subjetivos y todos los derechos del individuo son derechos individuales... los términos derecho individual y derecho subjetivo son intercambiables." ALEXY, Robert "El concepto y la validez del derecho", Ed. Gedisa, Pág. 181.

<sup>19</sup> "Más bien, la diferencia específica de los derechos sociales parece estar en la manera como se determina su objeto: una prestación a cargo del Estado, y en la manera en que se precisa cuándo existe una vulneración de estos derechos. Todos los derechos fundamentales tienen un objeto indeterminado, pero el tipo de indeterminación es distinta en unos y en otros. En los derechos sociales, la indeterminación se presenta porque la distinción que establece el derecho no precisa con

una visión bifronte o dual, respecto a la formulación y en relación con los efectos que produce su eventual amenaza o vulneración, en tanto que, como derecho o interés colectivo, su protección puede ser deprecada en términos negativos (abstinencia de ciertas conductas), o en positivos (la realización material de un determinado acto o hecho).

De allí que, la textura del derecho colectivo a la moralidad administrativa (art. 88 C.P.) permite que su protección no sólo pueda ser reclamada frente a las autoridades que cumplen función administrativa –a diferencia de su aplicación como principio de la función administrativa (art. 209 C.P.)-, sino en relación con cualquier autoridad o particular que ejerzan función pública y que, por consiguiente, a través de su actuar puedan llegar a amenazar o vulnerar el mismo; y, de otra parte, es pertinente resaltar la posibilidad con que cuenta cualquier persona de solicitar del juez competente una medida de protección eficiente e idónea, que consista bien en un deber de abstinencia<sup>20</sup>, o en un actuar positivo<sup>21</sup> por parte del sujeto pasivo de la respectiva acción popular, todo con el fin de hacer cesar la amenaza o violación o, en su defecto, restituir las cosas al estado anterior a dicha circunstancia.

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

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

---

claridad en todos los casos cuál es la prestación mediante la que se satisface el derecho. Como consecuencia, tampoco aparece determinado qué es lo constitucionalmente contrario a aquello que el derecho exige, es decir, no aparece determinado cuándo se vulnera el derecho social. Esta peculiar indeterminación del objeto no se presenta del mismo modo en los derechos de libertad, por cuanto en estos últimos la conducta debida es una abstención y lo constitucionalmente contrario al derecho es cualquier tipo de conducta.” BERNAL Pulido, Carlos “El derecho de los derechos”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Pág. 302. Ver igualmente: ARANGO, Rodolfo “El concepto de derechos sociales fundamentales”, Ed. Legis.

<sup>20</sup> Como por ejemplo, evitar la expedición de un acto administrativo o ley, o que se celebre un contrato, cuando en el respectivo procedimiento o trámite se ha desconocido el derecho a la moralidad administrativa (v.gr. Encontrar comprobado un claro evento de corrupción).

<sup>21</sup> V.gr. Ordenar el reembolso de sumas de dinero que han salido del patrimonio público a causa de una clara vulneración del derecho colectivo bajo estudio.

b) La moralidad administrativa como derecho colectivo: Radica en cabeza de todas las personas que integran el núcleo social, la posibilidad de acudir ante el aparato jurisdiccional del poder público para reclamar, vía judicial con efectos de cosa juzgada *erga omnes*, mediante el agotamiento de un proceso legalmente establecido, la protección del citado derecho o interés colectivo que se ve vulnerado por la conducta activa u omisiva de un servidor público o de un particular que puede o no ejercer *función pública*, a causa del desconocimiento de ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha precisado:

“En su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad.”<sup>22</sup>

Así las cosas, la moralidad administrativa entendida como derecho colectivo permite censurar la actividad de la administración pública o de los particulares en ejercicio de función pública, puesto que el juicio en estos eventos se relacionará con el respeto por los parámetros éticos que, desde la perspectiva de los principios, valores y reglas constitucionales y legales, deben regir el cumplimiento de la función pública. En esa perspectiva, no corresponderá al juez de la acción popular imponer una postura subjetiva o individual de la moralidad, sino que, conforme a la multiplicidad de principios y valores reconocidos expresamente a lo largo del texto constitucional, junto con el sentido común (*sensus communis*), definir si en el caso concreto se vulneró o trasgredió el derecho.

En efecto, el sistema normativo colombiano no se ensambla exclusivamente por reglas de derecho (legalidad en sentido estricto), sino que, además, como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, existen preceptos jurídicos de otros estatus diferentes a aquéllas, como por ejemplo, los principios y valores constitucionales.

Ahora bien, si la moralidad administrativa tiene una dimensión doble que permite abordar su análisis como principio y como derecho colectivo de rango constitucional, es claro que su contenido no puede ser integrado o llenado a partir de las disposiciones de índole legal o reglamentario, según la jerarquía normativa, puesto que ello supondría avalar una teoría a partir de la cual un precepto superior podría

ser dotado de contenido por uno de inferior nivel. En ese orden de ideas, si el referido sistema se fundamenta en una estructura jerárquica, no es admisible entender que disposiciones de rango inferior suplan el contenido y alcance de las superiores.

En esa línea de pensamiento, la moralidad administrativa, se itera, en su doble dimensión necesariamente debe ser colmada con un criterio ético objetivo que se entronice en los principios jurídicos y normativos de la Constitución Política. De allí que, en ese horizonte, la ética objetiva u objetivizada que colma el contenido y alcance de la moralidad, no se encuentra delimitada por el propio ordenamiento jurídico; en otros términos, los preceptos éticos y morales que conforman el concepto de moralidad administrativa –como principio y como derecho colectivo– son aplicados en cada caso concreto por el operador jurídico, a partir de la valoración de ese cúmulo o conjunto de preceptos de rango constitucional que se hallan enunciados en el preámbulo y los primeros artículos constitucionales, pero que no se agotan allí, puesto que existen otros dispersos a lo largo de la Carta Política.

En esa perspectiva, la moralidad administrativa en su doble dimensión no remite a una moral o ética particular –específicamente la del juez en cada caso concreto–, sino que, por el contrario, se refiere al concepto de eticidad o ética objetiva, esto es, al conjunto de postulados y parámetros de conducta que son avalados en un determinado tiempo y espacio por la sociedad, según los principios, valores y reglas fijadas en el ordenamiento jurídico.

En otros términos, existen espacios en donde la eticidad no tiene cabida, puesto que incumben a la individualidad del sujeto, razón por la que, al menos en Colombia, está proscrita toda forma de paternalismo estatal. No obstante, es posible que en ciertos aspectos de la vida en sociedad, la moralidad y la ética colectiva tengan relevancia, circunstancia por la cual el juez constitucional de la acción popular se encuentra habilitado para dotar de contenido material –se insiste– a toda esa gama de principios, valores y reglas jurídicas que dada su textura abierta requieren de concreción por parte del operador jurídico. El principio a la moralidad administrativa, al igual que los demás principios y derechos de rango constitucional, son “*mandatos*

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia C-046 de 1994.

*de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas, fácticas y epistémicas existentes”<sup>23</sup>.*

En ese orden de ideas, resulta incuestionable la posibilidad con que cuenta el juez de la acción popular para, a partir de la aplicación de las reglas de la experiencia, de la sana crítica, y de los parámetros políticos y morales aceptados, colmar de contenido a las distintas normas que integran el ordenamiento constitucional y legal en nuestro país.

A partir de ese paradigma, resulta indiscutible la relación estrecha que desde la teoría jurídica diseñada en la Constitución Política de 1991, existe entre derecho, política y moral, la cual se *“torna evidente en el método constructivo de la adjudicación [la labor de fallar]: la respuesta correcta es aquella no sólo coherente con el derecho positivo visto como un todo –justificación interna–, sino con la mejor teoría política que subyace al mismo y con la moralidad institucional –justificación externa–. La coherencia con la moralidad institucional permite la superación de la subjetividad del juez en la escogencia entre teorías contrarias igualmente aplicables... En la determinación del sentido de las normas no debe remitir a una intención de un autor particular, sino que el caso debe ser decidido como un problema de teoría política... La justificación de una decisión requiere mucho más que el convencimiento dogmático del intérprete. Exige a éste suministrar las razones en que se base su confianza en la verdad o la solidez de sus convicciones.”<sup>24</sup>*

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

El criterio mayoritario, por consiguiente, incurre en una paradoja argumentativa, desde el punto de vista de la teoría jurídica, toda vez que afirma que la moralidad

---

<sup>23</sup> BERNAL Pulido, Carlos “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española?, Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 30, 2007, pág. 289.

<sup>24</sup> ARANGO, Rodolfo “Hay respuestas correctas en derecho”, Ed. Siglo del Hombre, Bogotá, Pág. 61 y

administrativa a que hace referencia el artículo 88 de la Carta Política y el artículo 4 de la ley 472 de 1998, debe estar enmarcada por el ordenamiento jurídico, es decir, por las leyes, los principios y valores que componen el mismo.

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

Así las cosas, la hermenéutica mayoritaria pareciera querer ceñirse al positivismo clásico o analítico a efectos de controlar el concepto de moralidad administrativa, pero desconoce que en la propia Constitución Política de 1991, se vuelcan toda una serie de principios, estándares y valores que tienen validez normativa y, en consecuencia, pueden tener aplicación a casos concretos, pero tales postulados, dada su amplitud en tanto su supuesto fáctico como jurídico, su contenido debe ser llenado a partir de criterios extranormativos como: “lo razonable”, “lo proporcional”, “lo bueno”, “lo censurable”, entre otros.

Olvida de otra parte, la posición mayoritaria, que el orden jurídico no es autopoietico, por cuanto, a diferencia de los sistemas naturales, requiere de procesos de creación y convalidación normativa, en los cuales el sistema se nutre de otros sistemas o subsistemas naturales o sociales. Es precisamente allí que se ha generado toda una discusión acerca de cuáles son los fundamentos prepolíticos del Estado Democrático de Derecho, como lo planteara el filósofo alemán Jürgen Habermas, exponente más representativo de la nueva escuela (segunda etapa) de Frankfurt.

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

Así las cosas, la razón por la cual la posición mayoritaria de la Sección, de manera reciente dice recoger el criterio contenido en la sentencia AP 2004-009, así como abstenerse de incluir el análisis de la moralidad administrativa desde esa perspectiva

compleja, es porque según se cree, con ese entendimiento se estaría otorgando al juez una carta abierta para que volcara en las providencias su concepción moral, ética, política, familiar, psicológica y, en general, todo el ámbito de su propia existencia, como si con tal inteligencia se pretendiera implementar un esquema basado en los conceptos trazados por el *realismo jurídico norteamericano*<sup>25</sup> y los *estudios críticos del derecho* (CLS)<sup>26</sup>.

Nada más alejado de la realidad, el señalar que con esos criterios se haya desbordado el marco trazado por el ordenamiento jurídico<sup>27</sup>. Por el contrario, es necesario acudir a la serie de planteamientos que sobre el particular fueron fijados, en su momento, en la sentencia AP 2004-009, por cuanto el concepto de ética objetiva u objetivada sirve como paradigma para que el juez pueda establecer si frente a determinado supuesto fáctico se vulneró o no la moralidad administrativa, máxime si esta última reviste una doble connotación jurídica, tanto como principio de la función administrativa, como derecho constitucional de rango colectivo<sup>28</sup>.

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

---

<sup>25</sup> "Desde sus escritos y votos particulares en el Tribunal Supremo Holmes adoptó una postura sobre el derecho basada en la experiencia y en el sentido común. Defendía, contra la opinión dominante, que los jueces creaban derecho "intersticialmente" (Southern Pacific Company v. Jensen 1916) y que podían cambiar la ley en pasos "moleculares", pero que debían restringir su juicio personal en beneficio de los criterios morales de la comunidad." CASANOVAS, Pompeu "Introducción Capítulo III – El Realismo Jurídico Norteamericano", en "El ámbito de lo jurídico", ed. Critica, Buenos Aires, p.p. 9, Pág. 239.

<sup>26</sup> "Trabajar en procura de un resultado, a mi parecer, hace parte esencial de la situación de un juez. No se trata de ser libre ni de estar maniatado. O, quizá mejor, se puede decir que el juez está a la vez en libertad y maniatado: libre, en tanto puede orientar su trabajo en la dirección que así lo desee, pero restringido por la pseudo - objetividad de la ley tal y como suele aplicarse, la cual el juez podrá (o no) superar." KENNEDY, Duncan "Libertad y Restricción en la decisión judicial: una fenomenología crítica", Ed. Siglo del Hombre Editores, Bogotá D.C., Pág. 107.

<sup>27</sup> "(...) el análisis del uso de las palabras constituye un acceso privilegiado a la forma como estructuramos conceptualmente los objetos y el mundo... en ese sentido puede decirse que el mundo no es inteligible sino en y por el lenguaje, tal como lo utilizamos" BOTERO Cadavid, Juan José "Introducción – Esbozo del pensamiento de Wittgstein" en "El pensamiento de L. Wittgstein", Universidad Nacional de Colombia, Pág. 31.

<sup>28</sup> "(...) el derecho constitucional no sólo tiene "textura abierta" (H.L.A. Hart) sino que adicionalmente es un derecho políticamente "dúctil", "maleable", "líquido", "fluido" (G. Zagrebelsky)" LÓPEZ Medina, Diego Eduardo "Teoría Impura del Derecho", Ed. Legis, Bogotá, Pág. 447.

“Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre la ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier “señor del derecho” hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos.”<sup>29</sup>

Desconfiar de la capacidad con que cuenta el juez para analizar y estructurar el derecho como un sistema integral, al cual se debe dotar de contenido a partir de la ponderación y aplicación adecuada de los principios y valores a que hace referencia el ordenamiento constitucional, es inadmisibile, como quiera que los jueces, en gran medida, sirven para alivianar la tensión que, en ocasiones, existe entre las demás ramas del poder y la sociedad<sup>30</sup>.

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

Entonces, en mi criterio, el concepto de moralidad administrativa debe desbordar los marcos que le han sido impuestos como limitante, para dar lugar a una interpretación que, sin caer en la arbitrariedad, ilegalidad o abuso de poder, permita al juez aplicar los principios y valores constitucionales a partir de un contenido ético y moral objetivos que se encuentran en la sociedad y tienen su justificación en el mismo ordenamiento jurídico, en la experiencia de lo razonable, en la ética colectiva y, principalmente, en el sentido común<sup>31</sup>, sin que el juez se limite a estructuras única y

---

<sup>29</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo “El derecho dúctil”, Ed. Trotta, pág. 153.

<sup>30</sup> “*Sometimes the conservatism of judges has threatened for an interval to rob the legislation of its efficacy*” Algunas veces el conservatismo de los jueces ha amenazado por un intervalo a arrebatar a la legislación de su eficacia.” (Traducción libre). CARDOZO, Benjamin “The nature of the judicial process”, Yale University Press, 1949.

<sup>31</sup> “La moral, como hecho social, es cambiante; del mismo modo que es cambiante la cultura, en

exclusivamente legales o jurídicas para dar sentido al principio – derecho colectivo bajo análisis<sup>32</sup>.

Por último, debo enfatizar que me aparto de las posturas que se han fundamentado en el principio democrático<sup>33</sup> para cuestionar los planteamientos fijados en torno a la concepción de la moralidad administrativa entendida como ética objetiva, para lo cual hago propias las insignes palabras del en su momento teólogo y prefecto para la Congregación para la Doctrina de la Fe, y quien posteriormente fuera elegido Papa, Joseph Ratzinger, quien ante un auditorio en la Academia Católica de Baviera el 19 de enero de 2004, puntualizó: *“Pero también las mayorías pueden ser ciegas o injustas. La historia da buena prueba de ello. ¿Se puede seguir hablando de justicia y de derecho cuando, por ejemplo, una mayoría, incluso si es grande, aplasta con leyes opresivas a una minoría religiosa o racial? Por tanto, con el principio mayoritario queda siempre abierta la cuestión de las bases éticas del derecho, la pregunta de si hay o no algo que no puede convertirse en derecho, es decir, algo que es siempre injusto de por sí, o viceversa, si hay algo que por naturaleza es siempre indiscutiblemente, según el derecho, algo que precede a cualquier decisión de la mayoría y que debe ser respetado por ella.”*<sup>34</sup>

---

todas sus expresiones. Durante muchos siglos la moral ha estado orientada por la religión. Mientras la sociedad fue religiosa, las creencias, los principios religiosos guiaban el comportamiento moral de la gente. Pero a medida que la sociedad se empieza a secularizar, a partir del siglo XVI, la moral religiosa empieza a perder terreno. **Sin embargo, no por ello la moral desaparece; lo que sucede es que se vuelve secular, civil. Comienza a orientarse por principios y valores cívicos, asumidos por la misma sociedad como propios con independencia del origen que hayan podido tener en una religión o en una filosofía.**

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

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

<sup>32</sup> “Pero la complejidad de leyes y decretos, el desarrollo excesivo y a menudo terrible de párrafos, cláusulas, subcláusulas y precedentes, codificados o sin codificar, parece haber creado un terreno extremadamente fértil y apto para el desarrollo de una verdadera maraña de estupidez.” TABORI, Paul “Historia de la Estupidez Humana”, Ed. Elaleph, pág. 360.

<sup>33</sup> Ver el salvamento de voto del señor Consejero de Estado, Doctor Mauricio Fajardo a la sentencia AP 2004-009.

<sup>34</sup> RATZINGER, Joseph “Lo que cohesionan al mundo – Los fundamentos morales y prepolíticos del Estado Liberal”.

Bajo las anteriores precisiones, dejo sentada mi posición en lo que concierne al contenido y alcance del derecho colectivo a la moralidad administrativa, por cuanto considero que algunas apreciaciones que de manera reciente han sido avaladas por la posición mayoritaria, le restan efectividad a este importante e imprescindible principio y derecho colectivo, y limitan el acceso efectivo y real al aparato jurisdiccional, en procura de la concreción de verdaderos parámetros de justicia material, y no simplemente formal<sup>35</sup>.

Atentamente,

**ENRIQUE GIL BOTERO**

#### **ACLARACION DE VOTO DE LA DOCTORA RUTH STELLA CORREA PALACIO**

**IURA NOVIT CURIA EN ACCION POPULAR – La competencia del juez se restringe a los derechos colectivos invocados en la demanda, pues lo contrario supondría violar el derecho de defensa del demandado**

Según la mayoría de la Sala en la acción popular rige el principio iura novit curia, que aplicado al proceso popular significa que si hay un derecho colectivo comprometido diferente del que se señaló expresamente en el escrito de demanda, el juez, en cumplimiento de su deber de administrar justicia y procurar la vigencia de los derechos consagrados en la Constitución, deberá aplicar la ley como corresponda a lo alegado en la demanda y probado en el proceso, protegiendo el derecho colectivo que encuentre amenazado o vulnerado. A este respecto conviene señalar que la Sala en múltiples oportunidades ha puesto de relieve que su competencia se restringe a los derechos colectivos invocados en la demanda, pues lo contrario supondría violar el derecho de defensa del accionado: “Con todo, y aunque el principio de congruencia en sede popular no tiene la rigidez propia de los procesos ordinarios, también impone algunas restricciones al fallador, entre ellas que el ámbito de competencia del fallador está circunscrito a los derechos colectivos que la demanda acusa como vulnerados (ordinal a) del artículo 18 de la ley 472), en aras de garantizar el derecho de defensa del demandado (...).”

**NOTA DE RELATORIA:** Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de abril de 2007. Rad. AP-2004-00640, M.P. Ruth Stella Correa Palacio

---

<sup>35</sup> “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas...” RAWLS, John “Teoría de la Justicia”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, Pág.17.

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA**

**Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO**

**Número de Radicación: 25000-23-25-000-2004-02418-01(AP)**

**Actor: MIGUEL ANGEL MORALES RUSSI Y OTRO**

**Demandando: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO “IDU” Y OTROS**

**Referencia: ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque comparto la decisión que se adopta en la sentencia de 2 de septiembre de 2009, proferida en el proceso de la referencia, por medio de la cual la Sección Tercera revocó la sentencia apelada y en su lugar negó el amparo de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, me permito aclarar voto en relación con algunas de las consideraciones expresadas en la parte motiva del fallo.

Según la mayoría de la Sala en la acción popular rige el principio *iura novit curia*, que aplicado al proceso popular significa que si hay un derecho colectivo comprometido diferente del que se señaló expresamente en el escrito de demanda, el juez, en cumplimiento de su deber de administrar justicia y procurar la vigencia de los derechos consagrados en la Constitución, deberá aplicar la ley como corresponda a lo alegado en la demanda y probado en el proceso, protegiendo el derecho colectivo que encuentre amenazado o vulnerado. Dice la sentencia:

“(…) se ha elaborado una línea jurisprudencial que reconoce (…) la posibilidad de amparar derechos colectivos disímiles a los precisados en el libelo introductorio, siempre y cuando, se itera, estén vinculados con los supuestos fácticos que fueron debatidos en el proceso.  
(…) la interpretación avalada garantiza que en la sentencia se puedan amparar derechos colectivos no contenidos o precisados con el escrito de demanda; que estudie hechos nuevos que han tenido su desarrollo o producción a lo largo del proceso, siempre y cuando tengan su génesis en la misma conducta que se censura o reprocha con el libelo introductorio, así como la posibilidad de que el administrador de justicia decrete diversidad de medidas encaminadas o tendientes a la garantía efectiva de los derechos colectivos, sin que se encuentre de manera alguna limitado por el marco trazado en la demanda.”

A este respecto conviene señalar que la Sala en múltiples oportunidades ha puesto de relieve que su competencia se restringe a los derechos colectivos invocados en la demanda, pues lo contrario supondría violar el derecho de defensa del accionado:

“Con todo, y aunque el principio de congruencia en sede popular no tiene la rigidez propia de los procesos ordinarios, también impone algunas restricciones al fallador, entre ellas que el ámbito de competencia del fallador está circunscrito a los derechos colectivos que la demanda acusa como vulnerados (ordinal a) del artículo 18 de la ley 472), en aras de garantizar el derecho de defensa del demandado. No se olvide que de conformidad con el inciso segundo del artículo 5º de la ley 472 el juez popular debe velar por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes, precepto que está en perfecta consonancia con el artículo 9 de la LEAJ, conforme al cual es deber de los funcionarios judiciales respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso. En consecuencia, no se hará pronunciamiento alguno sobre el derecho invocado en el recurso de apelación.”<sup>36</sup>

En este sentido dejo presentada mi aclaración de voto.

*Fecha ut supra.*

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**

---

<sup>36</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 16 de abril de 2007, Rad.: AP 4400123310002004000640 01, Actor: Alex Adolfo Pimienta Solano, Demandado: Municipio de Albania y otros, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.