

**EL CONCEPTO DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA JURISPRUDENCIA
DEL CONSEJO DE ESTADO**

**SOFIA ARANGO BETANCUR
MARIA ADELAIDA OCHOA SERNA**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2011**

**EL CONCEPTO DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA JURISPRUDENCIA
DEL CONSEJO DE ESTADO**

**SOFIA ARANGO BETANCUR
MARIA ADELAIDA OCHOA SERNA**

Trabajo de grado presentado para optar al título de Abogado

**Asesor: Maximiliano Londoño Arango
Abogado**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2011**

Nota de aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, abril de 2011

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

	Pág.
1. PARTE GENERAL: LAS ACCIONES POPULARES EN COLOMBIA	8
1.1 EL ORIGEN DE LAS ACCIONES POPULARES	8
1.2 NORMATIVIDAD ANTES DE LA CONSTITUCIÓN.....	10
1.3 LAS ACCIONES POPULARES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.....	11
1.4 LOS DERECHOS COLECTIVOS EN LA LEY 472 DE 1998	13
1.5 LA ACCIÓN POPULAR COMO MECANISMO PRINCIPAL, NO SUPLETIVO	19
2. PARTE ESPECIAL: EL CONCEPTO DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA. RECOPIACIÓN JURISPRUDENCIAL	20
2.1 DERECHO Y MORAL.....	22
2.2 TEXTURA ABIERTA DEL CONCEPTO DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA.....	33
2.3 DEFINICION DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA.....	39
2.4 MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y FUNCIÓN PÚBLICA	43
2.5 MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y DESVIACION DE PODER	44
2.6 MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y PATRIMONIO PÚBLICO.....	49
2.7 POSIBILIDAD O NO DEL JUEZ DE DECRETAR LA NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS EN EL TRANSCURSO DEL PROCESO DE UNA ACCIÓN POPULAR. LOS PODERES DEL JUEZ FRENTE AL ACTO ADMINISTRATIVO Y CONTRATO ILEGAL DENTRO DE LA ACCIÓN POPULAR	58
2.8 INCENTIVO	72
2.9 CASOS RELEVANTES: JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO	87
2.9.1 Caso Dragacol.....	87
2.9.2 Caso Invercolsa.....	95
2.9.3 Caso licores en el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.....	102

2.10 FALLOS RELEVANTES DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN TORNO A LA DEFINICIÓN DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA.....	105
3. CONCLUSIONES	110
BIBLIOGRAFÍA.....	121

INTRODUCCIÓN

El derecho a la moralidad administrativa constituye uno de los principales avances del ordenamiento jurídico colombiano a partir de la configuración política del Estado Social de Derecho. En efecto, como ha dicho el Consejo de Estado, el derecho a la moralidad administrativa no es sólo un “derecho”, sino además un deber, que tienen todos los miembros de la comunidad, de respetar y exigir el respeto de la idoneidad, eficiencia y transparencia en la orientación de las cuestiones públicas. Esto es, que en el manejo de las funciones estatales no exista ánimo subjetivo, sino que se desarrolle atendiendo al interés general, evitando así una distorsión maliciosa en el comportamiento del funcionario o particular que cumple funciones públicas.

El objeto de este trabajo es el concepto de la moralidad administrativa, el cual será estudiado a partir de la recopilación y unificación de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia, ante todo sentencias relevantes de la sección tercera de esta Corporación; y en esta medida, nuestro propósito será realizar un barrido de estos fallos judiciales que nos permita dar cuenta del estado del arte del concepto de la moralidad administrativa como derecho colectivo. Esta pretensión será desarrollada a partir de una lectura juiciosa de la jurisprudencia y de una extracción de las ideas que consideramos más relevantes para la precisión y aplicación del concepto de la moralidad administrativa.

El alcance del presente escrito está dado por la recolección organizada de ideas acerca de los elementos de carácter objetivo que el Consejo de Estado le asigna, a partir del análisis de diversos casos particulares, al concepto de moralidad administrativa como derecho colectivo; y en esta medida, la amplitud del tema se encuentra limitado por las notas distintivas del concepto que, según el Consejo de Estado, el operador jurídico debe tener en cuenta en cada situación particular en

aras de dar concreción al mismo de modo que sea posible dar solución a la controversia que se presenta, pero además en aras de proteger el derecho colectivo en el caso específico.

El escrito se compone esencialmente de dos partes. La primera de ellas se refiere a las acciones populares en general, tema que será abordado por un lado, desde el origen de las mismas en la cultura jurídica en general, y, por otro, en Colombia particularmente. Para desarrollar este último tema, se hará referencia a las acciones populares en la Constitución Política de 1991, antes de la misma, y en la Ley 472 de 1998, que reglamenta la materia.

Posteriormente, en una segunda parte, se hará referencia a la jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con el concepto de moralidad administrativa específicamente. Para dar al lector una comprensión de lo que ha sido el concepto de moralidad administrativa en la jurisprudencia colombiana, se hará alusión a las dificultades a la hora de definir la moralidad administrativa, y los diferentes enfoques que ha utilizado el Consejo de Estado para aproximarse a lo que, en esta materia, podríamos llamar “concepto”. Es así como se hace referencia a la dificultad que *per se* implica hablar en el derecho positivo de *moralidad* administrativa, la textura abierta del concepto, la relación del mismo con la función pública, la desviación de poder, y el patrimonio público. Igualmente, se menciona el incentivo económico y la evolución que éste ha tenido en los últimos meses, y la posibilidad o no del juez popular de revisar los contratos y actos administrativos. Finalmente, se presentan algunos de los casos más relevantes en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

De esta forma, lograremos darle al lector una idea de lo que es, y ha sido, en Colombia, especialmente en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la moralidad administrativa. El final del trabajo consiste en la exposición de las ideas principales que componen el mismo.

1. PARTE GENERAL: LAS ACCIONES POPULARES EN COLOMBIA

1.1 EL ORIGEN DE LAS ACCIONES POPULARES

No podría hacerse una introducción al tema de las acciones populares sin hacer referencia al Derecho Romano puesto que, en este sentido, su aporte ha sido enorme tanto para el Derecho como para la cultura jurídica actuales; dado que el origen de las acciones populares puede ser encontrado en el Derecho Romano, gracias al interés que se tenía en proteger la *res publica* y el restablecimiento del bien común.

El Derecho Romano diferenciaba entre las *acciones privadas* y las *acciones populares* o *popularis actio*. Las primeras hacían referencia a las que se otorgaban a una persona particular para que defendiera sus propios intereses o los de su familia. Las segundas, por su parte, a pesar de ser otorgadas a una persona particular, quien las podía ejercer en su nombre, no le eran otorgadas como titular de un derecho privado, sino como miembro de la comunidad, para la defensa de ésta última o del interés público¹.

José Ovalle Favela², en su texto *Las acciones populares*³, cita a Scialoja, político y jurisconsulto italiano, experto en Derecho Romano⁴, para explicar que, según este

¹ OVALLE FAVELA, José. Las Acciones Populares. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1855/25.pdf>. p. 398. Tomado, a su vez de Cfr. Scialoja, Vittorio, *Procedimiento civil romano. Ejercicio y defensa de los derechos*, Buenos Aires: EJE, 1954, p. 472.

² Estudioso del Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de la Facultad de Derecho, ambos de la UNAM (Universidad Nacional Autónoma de México)

³ <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1855/25.pdf>

⁴ Político y jurisconsulto italiano, considerado uno de los más insignes juristas italianos de su época. Fue el fundador de la moderna escuela romanista italiana y el maestro de generaciones enteras de juristas. Nombrado catedrático de derecho romano en la Universidad de Roma. Fundó en 1888 el Instituto de Derecho Romano, desde el que promovió la publicación del Boletín de dicha sociedad. Scialoja ingresó en 1894 en el Consejo Supremo de Instrucción Pública, momento en que empezó sus labores en la función pública. Escribió a lo largo de su vida numerosas obras

último autor, podrían establecerse distintas gradaciones en los derechos de carácter público. De esta manera, se señala que *“los derechos del Estado competen al Estado como entidad, los cuales suelen ser ejercidos por los órganos del Estado mismo, es decir, por representantes públicos expresamente llamados a desempeñar esa determinada función. En este caso, entendemos que se trataba de verdaderas acciones públicas, y no de acciones populares”*⁵.

Por otro lado, se explica que las verdaderas acciones populares se refieren a otras gradaciones de los derechos públicos. Estos derechos son los siguientes: por un lado, los derechos que competen a la comunidad pero cuyo ejercicio está en manos de los ciudadanos particulares, quienes tienen suficiente interés para obrar a favor de la comunidad, con independencia de la compensación o premio. Por el otro, encontraríamos los derechos *difusos*, correspondientes a cada uno de los miembros de la comunidad. Estos últimos eran derechos que pertenecían a cada uno como sujeto de derecho, independiente de la titularidad que tuvieran sobre ese mismo derecho todos los demás.

Durante el feudalismo los derechos colectivos perdieron fuerza. No obstante, la evolución histórica se ha encargado de darle a éstos la importancia que hoy tienen en la cultura socio-jurídica, y así han nacido los derechos colectivos como respuesta a fenómenos y hechos históricos que, amenazando a la comunidad en general, se convierten en una excusa para encontrar la forma de proteger a los individuos y a la comunidad de la que hacen parte.

En este sentido, la Segunda Guerra Mundial y los procesos de descolonización han jugado un rol de enorme relevancia. El sujeto protegido ya no es el individuo en sí mismo, como en los derechos de primera generación, o por su papel social, como en los de segunda generación, sino por integrar un pueblo, una Nación o por

sobre temas jurídicos, especialmente centrados en el derecho romano antiguo, aunque también trató el tema del derecho civil moderno. <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1855/25.pdf>

⁵ OVALLE. Op. Cit. p. 399.

ser parte de toda la humanidad. Es decir, los derechos de tercera generación toman en cuenta a las personas como integrantes de una comunidad con conciencia colectiva. De esta manera, los procesos de descolonización de las naciones africanas y asiáticas, han marcado el nacimiento de la libre autodeterminación de los pueblos, y a su desarrollo económico y cultural; la Segunda Guerra Mundial dio nacimiento al derecho a la paz, en respuesta a la inminencia de otra guerra que amenazaba con utilizar armas químicas, poniendo en peligro la existencia misma del planeta; la explotación desmedida e irracional de los recursos dio origen al derecho a un medio ambiente sano, y así, cada uno de los derechos de tercera generación tiene origen en un hecho o proceso particular, o incluso, en el peligro de una consecuencia negativa e irreversible.

1.2 NORMATIVIDAD ANTES DE LA CONSTITUCIÓN

En Colombia, puede identificarse el origen de las acciones populares en el Código Civil de 1887, artículos 1005 y 2359. Es de anotar que estos dos no son los únicos artículos que hacen referencia a éste tema, puesto que otras normas también contemplan acciones populares, como es el caso de los artículos 91, 2355, 992, 994 y otros que desarrollan los artículos principales (1005 y 2359) del Código Civil.

La ley 9 de 1989, conocida como la ley de reforma urbana, también se constituye en un antecedente de las acciones populares en Colombia. Esta ley en su artículo 8, consagró una acción popular para proteger los elementos constitutivos del espacio público y del ambiente (a partir del artículo 1005 del Código Civil), en los siguientes términos: “Los elementos constitutivos del espacio público y del medio ambiente tendrán para su defensa la acción popular consagrada en el artículo 1005 del código civil. Esta acción también podrá dirigirse contra cualquier persona pública o privada, para la defensa de la integridad y condiciones de uso, goce y disfrute visual de dichos bienes mediante la remoción, suspensión o prevención de las conductas que comprometieren el interés público o la seguridad de los usuarios...”.

Por último, el decreto ley 2303 de 1989, mediante el cual se organizó la jurisdicción agraria, estableció el uso de las acciones populares para la protección del medio ambiente rural en los siguientes términos: “Artículo 2. Asuntos sometidos a su trámite. La jurisdicción agraria conocerá en especial los siguientes procesos... Parágrafo: corresponderán igualmente a esta jurisdicción los procesos originados en acciones populares fundamentadas en normas sobre preservación del medio ambiente rural y manejo de los recursos naturales renovables de carácter agrario, conforme a lo previsto en el artículo anterior, cuando el asunto no sea de competencia de las autoridades administrativas”.

No obstante fue un origen bastante nublado dada la tendencia individualista que imposibilitaba el desarrollo de una conciencia tanto jurídica como social acerca de la importancia de los derechos colectivos, su consagración y defensa; y, adicional a esto, la gran dificultad para hacerlos valer dada la carencia de un mecanismo procesal idóneo.

1.3 LAS ACCIONES POPULARES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

El Constituyente de 1991, ante la tendencia internacional de protección y consagración de los derechos de tercera generación, los incluyó en la Constitución, plasmándolos en el Capítulo III del Título II, denominándolos “*Derechos colectivos y del ambiente*”. No obstante, el texto de estos artículos resultó bastante amplio e instituyó en cabeza del legislador la obligación de reglamentar esta materia. No obstante, para evitar cometer el mismo error que el Código Civil de 1887, estableció un mecanismo procesal idóneo para hacerlos valer. En este sentido, en el Capítulo IV del Título II (“*De la protección y aplicación de los derechos*”), específicamente en el artículo 88 incluyó el instrumento para su protección, dándole rango constitucional a las acciones populares. Dice este artículo lo siguiente:

La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, 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.

Fue así como surgió en cabeza del Congreso de la República el deber de reglamentar el tema, norma en virtud de la cual, después de varios años, expide la Ley 472 de 1998.

La Constitución Política de 1991 marcó entonces grandes cambios en el devenir jurídico de nuestro país, entre ellos, la consagración de Colombia como un Estado Social de Derecho, la constitucionalización de los derechos humanos de primera, segunda y tercera generación y, el cambio que en este escrito nos ocupa, la creación de acciones judiciales para la defensa de los derechos mencionados anteriormente. Éste último cambio se vio fuertemente influenciado por la realidad del país que demostraba que, tener los derechos positivizados sin un mecanismo efectivo para conseguir su defensa cuando quiera que los mismos fueran amenazados o vulnerados, era igual que no tenerlos positivizados.

Se dice entonces que la Constitución de 1991 se enmarcó dentro de los postulados filosóficos del constitucionalismo moderno, escuela que, entre otras cosas, entendió que solamente con la existencia de mecanismos que estén al alcance de los ciudadanos y que pongan en funcionamiento el órgano jurisdiccional cuando los derechos sean vulnerados, es posible la defensa idónea de los derechos humanos.

Nuestra nueva Carta Política debía ajustarse a las nuevas realidades sociales que, además de una consagración positiva de los derechos, exigían un instrumento que resultara eficiente para la protección de los derechos de todos.

La Corte Constitucional, con ponencia del Doctor Fabio Morón Díaz, con Radicado T- 482-94, refiriéndose al artículo 88 de la Constitución Nacional, ha expresado que para la protección de los derechos colectivos no se requiere su vulneración efectiva, sino que los mismos también pueden ser protegidos de una potencial afectación o puesta en peligro:

Característica fundamental de las Acciones populares previstas en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Nacional, es la que permite su ejercicio pleno con carácter preventivo, pues, los fines públicos y colectivos que las inspiran, no dejan duda al respecto y en consecuencia no es, ni puede ser requisito para su ejercicio el que exista un daño o perjuicio sobre los derechos que puedan amparar a través de ellas. Desde sus más remotos y clásicos orígenes en el derecho Latino fueron creadas para prevenir o precaver la lesión de bienes y derechos que comprometen altos intereses sobre cuya protección no siempre cabe la espera del daño. En verdad, su poco uso y otras razones de política legislativa y de conformación de las estructuras sociales de nuestro país, desdibujaron en la teoría y en la práctica de la función judicial esta nota de principio. Los términos del enunciado normativo a que se hace referencia en este apartado, no permiten duda alguna a la Corte sobre el señalado carácter preventivo, y se insiste ahora en este aspecto dadas las funciones judiciales de intérprete de la Constitución que corresponden a esta Corporación.

1.4 LOS DERECHOS COLECTIVOS EN LA LEY 472 DE 1998

Con una mora de siete años, el Legislador colombiano asumió la tarea encomendada por el Constituyente en la Carta Política de 1991, y reglamentó las acciones populares tanto desde el punto de vista sustancial como procesal. Fue esta norma la que le dio a la consagración constitucional de esta figura, una verdadera efectividad que permitiera cumplir cabalmente el objetivo del Constituyente, esto es, proteger los derechos colectivos.

El Capítulo 3 del Título II “*De los Derechos, Garantías y Deberes*” de nuestra Constitución Política consagra los derechos colectivos y del ambiente, llamados de tercera generación por pertenecerle a la colectividad. Estos derechos, en lugar de referirse a la persona individualmente considerada, benefician a la colectividad en general; el titular de los mismos es la comunidad. Sin embargo, estos derechos colectivos se consagran de manera general, y no son enumerados claramente por el constituyente. Es el artículo 4° de la Ley 472 de 1998 el que se encarga de efectuar una enumeración no taxativa de derechos colectivos. Esto lo hace en los siguientes términos:

ARTICULO 4o. DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

- a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;
- b) La moralidad administrativa;
- c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;
- d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;
- e) La defensa del patrimonio público;
- f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;
- g) La seguridad y salubridad públicas;
- h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;
- i) La libre competencia económica;
- j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;
- k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;
- l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;
- m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;
- n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

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

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

Por su parte, el artículo 5° de la Ley 472 de 1998 hace referencia al trámite de las acciones populares, indicando que el mismo debe tener soporte en los principios constitucionales, y de manera especial, en los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, y en los principios generales consagrados en el Código de Procedimiento Civil (siempre que estos no contravengan la naturaleza de las acciones populares).

Este mismo artículo hace alusión a ciertos deberes que se le imponen al juez con el propósito de que el trámite de las acciones populares se desarrolle con eficacia en cuanto a la protección del derecho colectivo vulnerado, y en consonancia con la Constitución Política de Colombia. Estos deberes son: de un lado, velar por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio de las partes; y, de otro lado, el juez debe impulsar de oficio el trámite de la acción popular cuando la misma ha sido promovida por los interesados, debe expedir una decisión de mérito y, finalmente, será el juez el encargado de ajustar la petición de los interesados a la acción específica a través de la cual deba encausarse la protección del derecho.

Las acciones populares son entonces la herramienta propia que tienen los derechos colectivos para su protección, como lo sería la acción de tutela para los derechos fundamentales. No obstante, las acciones populares, si bien son menos formalistas que un proceso ordinario, no tienen un procedimiento tan informal como las acciones de tutela; podría decirse que se trata de un término medio en cuanto a ritualismo.

El artículo 6° de la misma Ley, al referirse a las acciones populares “*preventivas*”, nos ofrece una clasificación que toma como criterio el grado de afectación al derecho colectivo; encontramos que, son protegibles a través de una acción popular tanto la vulneración o efectiva afectación a un derecho colectivo como la potencial afectación del mismo. Este artículo indica que las “*acciones populares preventivas*” deben tramitarse con preferencia a las demás que conozca el juez competente. Las únicas excepciones que se establecen frente a lo anterior son: el recurso de Habeas Corpus, la Acción de Tutela y la Acción de Cumplimiento.

Esta clasificación, previamente enunciada en la ley, se hace expresa en el artículo 9° de la misma, el cual se refiere a la procedencia de las acciones populares, indicando que las mismas proceden “*contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos*”.

De la lectura de este artículo se concluye que las acciones populares proceden tanto frente a una vulneración como frente a una amenaza de los derechos colectivos. Esto es, son procedentes como mecanismo preventivo para evitar la ocurrencia de un daño y sus consecuencias, y también como mecanismo para restablecer una situación ya consumada.

Para continuar indagando por el trámite de las acciones populares, vale la pena mencionar la legitimación en la causa por activa y por pasiva, tratando de concretarla en la materia que nos ocupa: las acciones populares. La legitimación en términos de DEVIS ECHANDÍA, en el caso del demandante, “*es la titularidad del interés materia del litigio y que debe ser objeto de sentencia (procesos contenciosos), o del interés por declarar o satisfacer mediante el requisito de la sentencia (procesos voluntarios)*”⁶, y en el caso del demandado, “*consiste en la titularidad del interés en litigio, por ser la persona llamada a contradecir la*

⁶ <http://www.monografias.com/trabajos28/legitimacion/legitimacion.shtml>

*pretensión del demandante o frente a la cual permite la ley que se declare la relación jurídica material objeto de la demanda*⁷”. Por su parte, CHIOVENDA se refiere a la legitimación empleando las siguientes palabras:

Esta condición de la sentencia favorable se puede designar con el nombre de cualidad para obrar... preferimos nuestra vieja denominación de legitimatio ad causam (o legitimidad para obrar). Con ella se expresa que para que el juez estime la demanda, no basta que considere existente el derecho, sino que es necesario que considere la identidad de la persona del actor con la persona en cuyo favor está la ley (legitimación activa), y la identidad de la persona del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley (legitimación pasiva). Con el nombre de Legitimatio ad processum se indica, por el contrario, un presupuesto procesal, esto es, la capacidad de presentarse en juicio por sí o por otros⁸.

En materia de legitimación por activa, dice la Corte Constitucional en sentencia T 030 de 2010, al tenor de la jurisprudencia, cualquier persona que se sienta discriminada puede acudir a un juez constitucional con el fin de que cese la vulneración a la que se siente sometido. Explica además dicha Corporación, que esta legitimación se deriva de la conexidad formal entre el derecho constitucionalmente reconocido y la violación real o posible de éste. Adicionalmente, se resalta el papel de la comunidad en la defensa de los derechos colectivos, cuando son estos los que resultan violados o amenazados. En este sentido plantea el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca Sala Civil-Familia, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, en la sentencia 039 de 2008, que en un Estado Social de Derecho, los ciudadanos deben participar de manera activa en la defensa de los intereses de la comunidad, y lo hace en los siguientes términos:

La dimensión social del Estado de derecho, implica de suyo un papel activo de los órganos y autoridades, basado en la consideración de la persona humana y en la prevalencia del interés público y de los propósitos que busca la sociedad, pero al mismo tiempo comporta el compromiso de los ciudadanos para colaborar en la defensa de ese interés con una motivación esencialmente

⁷ Ibid

⁸ Ibid

solidaria. Conforme al nuevo modelo de democracia, los ciudadanos no sólo participan en el gobierno de su país mediante la elección libre de sus representantes, sino a través de diversos mecanismos de deliberación, colaboración, consulta y control diseñados por el constituyente, se les permite intervenir de manera activa en las decisiones que los afectan e impulsar la acción de las autoridades en el propósito común de asegurar el cumplimiento de los fines del Estado.

La pregunta que nos debemos formular es la siguiente: ¿tratándose de acciones populares, puede ser titular del derecho cualquier miembro del conglomerado, sin importar cuál sea su condición ó si por el contrario se requiere que el actor popular pertenezca en efecto a la población cualificada cuyos derechos se pretende proteger? El Consejo de Estado en la Sentencia AP-824 del 30 de enero de 2003, M.P. Ligia López Díaz, explica que el artículo 12 numeral 1° de la Ley 472 de 1998 ha establecido como titular de la acción popular a **cualquier persona natural o jurídica, sin restricción**, es decir, no señala límite alguno para el ejercicio de esta acción. Por esta razón, debe atenderse al sentido natural de la norma.

Dice el artículo 12 de la Ley 472 de 1998 que son titulares de las acciones populares los siguientes:

1. Toda persona natural o jurídica.
2. Las organizaciones No Gubernamentales, las Organizaciones Populares, Cívicas o de índole similar.
3. Las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión.
4. El Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y municipales, en lo relacionado con su competencia.
5. Los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses.

Todo lo anterior, teniendo en cuenta que el artículo 13 de la misma Ley establece que quienes ejerzan acciones populares podrán hacerlo por sí mismos o por alguien que actúe en su nombre, y que *“cuando se interponga una acción popular sin la intermediación de un apoderado judicial, la Defensoría del Pueblo podrá intervenir, para lo cual, el juez deberá notificarle el auto admisorio de la demanda”*.

Esta disposición se entiende como una protección especial, que busca un adecuado procedimiento y defensa, por cuanto el objeto de la litis son intereses que pertenecen a toda la comunidad.

En materia de legitimación por pasiva, la Ley 472 de 1998 establece en su artículo 14 que: *“la Acción Popular se dirigirá contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o interés colectivo. En caso de existir la vulneración o amenaza y se desconozcan los responsables, corresponderá al juez determinarlos”*.

El artículo anteriormente citado establece entonces que las acciones populares proceden contra particulares, autoridades públicas o a quien el Juez determine cuando no se conozcan los responsables de la vulneración o amenaza de los derechos colectivos invocados por el actor, bien sea por acción o por omisión. Esto implica que lo relevante para nuestro ordenamiento jurídico es la protección del derecho colectivo, con independencia de quién hubiera vulnerado el derecho. Adicionalmente, se destaca que el artículo citado permite delegar en el Juez el deber de determinar quiénes son los responsables de la vulneración o amenaza, con base en los hechos y pruebas en que se fundamenta la demanda.

1.5 LA ACCIÓN POPULAR COMO MECANISMO PRINCIPAL, NO SUPLETIVO

Plantea el Consejo de Estado que, a diferencia de las acciones de tutela y de la acción de cumplimiento que proceden cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial⁹, la acción popular, dada la consideración de su objeto, ostenta el

⁹ La acción de tutela, según el artículo 86, inciso 3° de la Constitución Política, y el artículo 6° numeral 1° del Decreto 2591 de 1991, procede únicamente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial salvo que se utilice como mecanismo transitorio. Y la acción de cumplimiento, según el artículo 9 de la Ley 393 de 1997, es improcedente cuando el afectado

carácter de principal o autónoma. Así lo ha señalado en forma reiterada la jurisprudencia, con apoyo en el artículo 88 Constitucional, y en el desarrollo que del mismo hace la Ley 472 de 1998¹⁰.

Asegura el Consejo de Estado, en varias sentencias, que siendo el objeto de estas acciones unos derechos cuya titularidad pertenece a toda la comunidad¹¹, no podría desvirtuarse su prosperidad por haberse interpuesto simultáneamente las acciones ordinarias¹² pertinentes.

A esta conclusión llega el Consejo de Estado en sentencia AP-1588, del Octubre 5 de 2005, después de analizar, entre otros, los artículos 1º y 2º de la Ley 472 de 1998, que establecen el objetivo de las mismas, definiéndolas como medio procesal para la protección de los derechos colectivos.

2. PARTE ESPECIAL: EL CONCEPTO DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA. RECOPIACIÓN JURISPRUDENCIAL.

Como lo indica el título que identifica este apartado, el propósito del mismo es hacer un estudio de la moralidad administrativa. Para esto, se hará una

tenga otro medio de defensa judicial, o cuando la protección de los derechos pueda ser garantizada mediante acción de tutela.

¹⁰ Consejo de Estado, Sentencia AP-2003-00618, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. AP-70001-23-31-000-2003-00618-01, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá D.C. junio 18 de 2008

¹¹ Al Respecto, el Consejo de Estado, sentencia AP-1588, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá D.C. Octubre 5 de 2005, dice: Sobre el origen de los derechos colectivos Vid. Pesciotti Cubillos, Doménico. Los derechos de la tercera generación, los intereses difusos o colectivos y sus modos de protección, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 36.

¹² Al Respecto, el Consejo de Estado, sentencia AP-1588, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá D.C. Octubre 5 de 2005, dice: "Su finalidad es pública; no persiguen intereses subjetivos o pecuniarios, sino proteger a la comunidad en su conjunto y respecto de sus derechos e intereses colectivos" (RODAS, Julio César. Marco Constitucional de los derechos colectivos, en Acciones Populares: documentos para debate, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 1994, p. 175). En el mismo sentido Corte Constitucional, Sentencias T-008 de 1992, T-528 de 1992, T-427 de 1992, T-437 de 1992, T- 067 de 1993, T-163 de 1993, T-225 de 1993, T-231 de 1993 y T-254 de 1993.

recopilación de la jurisprudencia del Consejo de Estado; a partir de una aproximación a algunos fallos judiciales en los que se ha analizado la aplicación de la moralidad administrativa como derecho colectivo.

Es preciso aclarar que, aunque en el ordenamiento jurídico colombiano la moralidad administrativa puede ser entendida como principio de la función pública o como derecho colectivo, en el presente escrito se abordará solamente en el contexto relativo a ésta última acepción, aunque se hará mención en términos generales sobre la moralidad administrativa entendida como principio.

La Constitución de 1991 consagra a lo largo de su articulado un evidente sentido garantista, contemplando mecanismos de protección de los derechos para ser ejercidos por la comunidad. En este sentido, desarrollar trabajos, como el contenido en este escrito, resulta útil desde una perspectiva académica. Esta posición se ratifica cuando se ven las alarmantes cifras de corrupción que se presentan en Colombia, y se identifican las acciones populares encaminadas a la protección de la moralidad administrativa como una herramienta efectiva que está en manos de los ciudadanos para la lucha contra la corrupción.

Para entrar en materia, en nuestro ordenamiento jurídico, la moralidad administrativa, a la luz del artículo 88 de la Constitución Política, y de la Ley 472 de 1998 (literal b del artículo 4°), hace parte de la lista de derechos colectivos susceptibles de ser protegidos a través de la acción popular.

Una lectura juiciosa de la jurisprudencia del Consejo de Estado acerca de la configuración del concepto de la moralidad administrativa y su aplicación en cada caso concreto nos lleva a concluir que esta expresión cuenta con unas notas distintivas, las cuales, deben ser tenidas en cuenta en cada situación particular por el operador jurídico en aras de dar concreción a este concepto de modo que sea posible dar solución a la controversia que se presenta.

A continuación, se esbozarán las notas distintivas con que la Jurisprudencia ha venido caracterizando el concepto de moralidad administrativa.

2.1 DERECHO Y MORAL

El concepto de “Moral Administrativa” es problemático *per se*, toda vez que la “moral” por sí sola no constituye el objeto de este derecho, sino que viene acompañada de la expresión “administrativa”, lo cual supone afrontar los problemas que suscitan, por una parte, los conceptos de una y otra expresión, y, por otra, la parcela de la realidad que define la “moral administrativa”¹³.

La moralidad administrativa tiene origen constitucional; en el artículo 88 de la Constitución Nacional se le enuncia como derecho colectivo, y se establece que el legislador regulará las acciones populares para la protección de derechos colectivos y que podrá crear otros derechos colectivos susceptibles de ser protegidos mediante estas acciones¹⁴.

Es sabido que la doctrina cuando ha tratado el tema de “la moral”, lo ha hecho para diferenciarla del “derecho”, y por lo tanto, resulta novedosa la presentación de este concepto como precepto jurídico vinculante en aquellos casos en que se predique de una actuación administrativa.

Teniendo en cuenta estas apreciaciones iniciales, y con el fin de definir el concepto de moralidad administrativa, es preciso hacer referencia a la dificultad a la que se han enfrentado la jurisprudencia, la doctrina, y, en general, cualquiera que le haya hecho frente al concepto de *moralidad* administrativa.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 2004-00009 de agosto 30 de 2007, Rad. 88001233100020040000901

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 2004-00009 de agosto 30 de 2007, Rad. 88001233100020040000901

El Consejo de Estado se ha referido a esta dificultad, y lo ha hecho en los siguientes términos, refiriéndose específicamente a la corrupción administrativa:

La corrupción administrativa se ha convertido en una preocupación social que se refleja en la producción de normas que intentan contrarrestar sus efectos nocivos para el bien común. Tales normas, por supuesto, suponen una intervención jurídica en los campos de la moral, lo cual es per se complejo, dado que la corrupción no se reduce a una mera contradicción de la ley en el ejercicio de una función pública, sino que se trata de una fenomenología de contracultura que se filtra en el tejido social viciando las relaciones entre los administradores y los administrados; se trata de la degradación de la autoridad de la que ha sido investido un funcionario, con la pretensión de obtener algo a cambio. En todo caso, el derecho ha regulado algunos aspectos de aquellos que preocupan a la comunidad y son entendidos por ella dentro del concepto de corrupción, los cuales, en razón de tal regulación, han adquirido una segunda naturaleza -la jurídica-, sin perjuicio de la suya inicial -la moral. Pero ello no implica que la esfera de lo jurídico y lo moral se superpongan de manera absoluta. Lo que sucede con la adopción jurídica de un fenómeno moral puede representarse, como se ha hecho tradicionalmente, por medio de dos círculos secantes, entre los cuales sólo hay identidad allí donde hay intersección. Así, sólo rigen por igual los preceptos morales y los jurídicos respecto de los elementos que les sean comunes¹⁵.

Así, el Consejo de Estado, en Sentencia del 30 de agosto de 2007, Rad. AP-00618-01, ha entendido que analizar, en un acto administrativo, la observancia de las normas jurídicas, en su mayoría portadoras de valores morales, es una buena herramienta para identificar el contenido concreto de la moral administrativa. No obstante, ha dicho que, *“este derecho colectivo no lo puede reducir el juez a esta condición, so pena de comprimir su riqueza material”*. En este sentido, ha explicado esta Corporación, que asociar inescindiblemente la legalidad y la moralidad, o a la inversa, es una confusión jurídica superada, por cuanto la moral no puede ser reducida a la ley, de manera que es aceptado que no toda la moral está contenida en la ley, ni toda ley lleva inmerso un concepto moral.

Explica el Consejo de Estado en la misma providencia que: *“si se confundiera la legalidad con la moralidad, la protección de ésta equivaldría a un juicio legal, luego*

¹⁵ Sentencia del 16 de febrero de 2001, Sección Tercera. Exp. AP-170

la Constitución no habría agregado valor al ordenamiento jurídico cuando creó el derecho colectivo, pues no sería otra cosa que la misma normatividad pero formulada en términos de axiología”.

Entonces, dejando de lado la herencia de la inescindible relación entre derecho y moral, y aceptando que la moral está mucho más allá de las normas, y, por lo tanto, que su análisis no puede reducirse a un análisis de legalidad, nos enfrentamos entonces a jueces que, posiblemente, guíen sus decisiones por el capricho. Ante esta problemática, ha dicho el Consejo de Estado que un criterio para evaluar la moralidad puede encontrarse también en los principios generales del derecho, o en los particulares que guíen el ejercicio de determinada área, lo cual implicaría un alto nivel de valoración. No obstante, la Corporación referida también acepta un tercer criterio, o lugar, como lo llama en la sentencia en mención, que exigiría aún un mayor grado de valoración del juez; al respecto establece en dicha providencia lo siguiente:

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

Asimismo, en la sentencia AP – 00355 del Consejo de Estado, con fecha del 21 de febrero de 2007, se hizo referencia al concepto de moralidad administrativa en los siguientes términos:

Dentro de ese contexto se ha de entender que para efectos de los derechos colectivos y las acciones populares, el espíritu de la norma no es la referencia al concepto de moral en el sentido filosófico o religioso, sino a una expresión acorde con la realidad del ejercicio de la función administrativa, de ahí que el derecho colectivo se circunscriba a la moralidad administrativa, como manifestación del lenguaje del derecho, así, se dice que el derecho es un concepto cultural o un valor jurídico que supone estar trasuntado por la moral

y la ética, el valor cultural permite calificar la conducta como buena o mala dependiendo de lo que es plausible para la vida humana en común, mientras que el valor moral es bueno o malo en términos puros o absolutos.

Es importante resaltar un argumento que citan quienes adhieren a la posición según la cual los conceptos de moralidad y legalidad son esencialmente distintos, para justificar su postura: de afirmarse que cuando un acto es ilegal, deviene necesariamente en inmoral, el Constituyente de 1991 no hubiera consagrado la Acción Popular para la defensa específica de la moralidad administrativa, puesto que para el efecto, hubiera sido suficiente la acción de legalidad consagrada en el Ordenamiento.

Sin embargo, el Consejo de Estado, a pesar de consignar conceptos aparentemente claros en las sentencias anteriormente citadas, también ha incurrido en contradicciones, lo cual nos lleva a concluir que la jurisprudencia en este sentido ha sido fluctuante.

Es preciso citar la sentencia del 25 de febrero de 2009¹⁶, en la cual el Consejo de de Estado se contradice con lo planteado en la sentencia AP – 00355 con fecha del 21 de febrero de 2007. En esta sentencia (25 de febrero de 2009), el Consejo de Estado resaltó la importancia de diferenciar la moral del derecho, y que si bien se encuentran ligados de alguna manera, el juez no podría reducir el análisis de la moral administrativa al análisis de la legalidad del acto. En este sentido, la sentencia estableció que “un mal comportamiento bien puede afectar la moral sin afectar la legalidad, debiendo el juez popular corregir el comportamiento moral del Estado y sus funcionarios” (subrayas fuera del texto). No obstante, tiempo atrás, en la sentencia AP – 00355 con fecha del 21 de febrero de 2007, el Consejo de Estado había explicado que la función pública exigía al servidor público o al particular que ejerce función administrativa, ajustar su conducta a la Constitución y las leyes y, además, observar las funciones que le han sido asignadas por ley,

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente Myriam Guerrero de Escobar, radicado 250002315000200301309-01 (AP), Bogotá, 25 de febrero de 2009.

reglamento o contrato, y que “por ello en el análisis siempre estará presente la ilegalidad como presupuesto sine qua non, aunque no exclusivo para predicar la vulneración a la moralidad administrativa” (subrayas fuera del texto).

El Consejo de Estado, en la sentencia anteriormente referida (sentencia del 21 de febrero de 2007) establece que, además de la ilegalidad, es necesario incluir en el análisis de la moralidad administrativa conceptos deontológicos y antropológicos, es decir, es necesario un propósito particular que desvíe el cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público o de un tercero. Este criterio es concordante con aquel planteado por la misma corporación en sentencia del 26 de enero de 2005¹⁷.

Ahora bien, el 6 de Octubre de 2006, el Consejo de Estado se pronunció respecto de lo que consideraba violación a la moralidad administrativa; en esta oportunidad, aunque consideró la legalidad como parte fundamental del análisis, considerando la transgresión al ordenamiento jurídico como presupuesto para la protección del derecho a la moralidad administrativa, señaló que además debía constatarse mala fe por parte de la administración:

Si bien es cierto que la violación del principio de legalidad de la Administración implica un abuso de la función administrativa, no es menos cierto que la Sala¹⁸ tiene determinado que para que proceda el amparo del derecho colectivo a la moralidad administrativa no basta con la trasgresión al ordenamiento jurídico, es necesario –además- acreditar la mala fe de la Administración¹⁹.

¹⁷ Sentencia del 26 de enero de 2005, Sección Tercera, expediente AP 03113, actor Nidia Patricia Narváez Gómez.

¹⁸ Vid CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 16 de febrero de 2001, Exp. AP 170; Sentencia del 6 de septiembre de 2001, Exp. AP-163; Sentencia del 17 de junio de 2001, actor: Manuel Jesús Bravo, Exp. AP 166; Sentencia de septiembre 26 de 2002, Exp. AP 800; Sentencia de 22 de enero de 2004, Exp. AP 446 y AP 747.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 10 de febrero de 2005, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01, Actor: Exenober Hernández Romero, Ref.: AP – 00254, M.P. María Elena Giraldo Gómez. Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá D.C., seis (6) de Octubre de dos mil cinco (2005), Radicación número: AP-13001-23-31-000-2002-00135-01

El Consejo de Estado ha sostenido esta tesis con una frecuencia considerable, afirmando que en la vulneración o afectación a la moralidad administrativa como derecho colectivo debe verificarse la violación tanto al contenido jurídico como al contenido moral; se vulnera el contenido jurídico de la norma cuando, de acuerdo con el caso concreto, se presente: mala fe, irregularidades, fraude a la ley, corrupción, desviación de poder, etc. Estas conductas son un desarrollo de conceptos morales y además se encuentran consagradas en el ordenamiento jurídico²⁰.

En conclusión:

La Sala afirma que lo 'correcto', lo 'bueno' y la 'razón', son determinantes a efectos de fijar los límites para la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, pero no como fuentes autónomas extranormativas, dado que tales conceptos deben hacer parte de los valores o principios constitucionales, o de las normas legales que se toman como elemento objetivo para definir la correspondiente amenaza o vulneración. Es la fijación de la moralidad en las normas constitucionales y legales lo que posibilita que su infracción sea sancionada²¹.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, radicación: 2003-00013. (Sentencia 2004-01856 de octubre 1º de 2008. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA. Rad.: AP-25000-23-26-000-2004-01856-01. Magistrada Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio)
(Sentencia 2005-01423 de mayo 21 de 2008. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Radicación N° 76001 23 31 000 2005 01423 01. Actor: Oscar Antonio Morales Pinzón. Demandado: Municipio de Santiago de Cali – Secretaría de Desarrollo Territorial y Bienestar Social)
(Sentencia 640 de abril 16 de 2007. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Rad.: AP 4400123310002004000640 01. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Actor: Alex Adolfo Pimienta Solano. Demandado: Municipio de Albania y otros.)

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 21 de mayo de 2008, radicación 5400123310002004 (AP-01415) 01, actor: Henry Pacheco Casariego, demandados: Municipio de Ocaña y otro, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, radicación: 2003-00013.

La moralidad administrativa, como derecho colectivo, se encuentra vinculada al concepto de legalidad, toda vez que la vulneración a este derecho depende de la justificación que la actuación cuestionada encuentre en el ordenamiento jurídico²².

El Consejo de Estado ha sostenido que existe una relación estrecha entre moralidad administrativa y legalidad, toda vez que violar la ley o el ordenamiento jurídico en general, en muchas ocasiones, implica atentar contra la moralidad administrativa. No obstante, la misma Corporación aclara que, si bien la ilegalidad hace parte del análisis de la moralidad administrativa, como las normas no involucran siempre un principio o deber moral en su interior, no todo atentado contra la ley implica un atentado contra la moralidad administrativa. Al respecto encontramos la sentencia de noviembre de 2004 en la que se indica que:

La violación del derecho a la moralidad administrativa implica siempre la vulneración por parte de los servidores públicos de la Constitución o la ley, o la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (C.N., art. 6°), pero no siempre la vulneración del principio de legalidad implica la violación de la moralidad administrativa, pues para que tal consecuencia se produzca es necesario, además, que la decisión u omisión cuestionada se hayan realizado con desviación de poder, o con un interés ajeno al que debe inspirar el acto²³.

Señala la jurisprudencia que la afectación a la moral administrativa no puede determinarse a partir de la apreciación individual y subjetiva del juez respecto del comportamiento o conducta de aquel que ejerce una función pública; esta afectación o vulneración debe concluirse a partir de *“la inobservancia grosera, arbitraria y alejada de todo fundamento legal, de las normas a las cuales debe atenerse el administrador en el cumplimiento de la función pública”*²⁴; y en este punto cabe resaltar que, no basta con que se verifique un incumplimiento de los

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de junio de 2005. Expediente AP-720. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, radicación: 2003-00013.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 2004-00009 de agosto 30 de 2007, Rad. 88001233100020040000901

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 2004-00009 de agosto 30 de 2007, Rad. 88001233100020040000901

procedimientos y reglamentos establecidos normativamente para el ejercicio de la función pública, sino que a este hecho debe sumarse que *“de la conducta transgresora del ordenamiento establecido pueda predicarse antijuridicidad, entendido este elemento como la intención manifiesta del funcionario de vulnerar los deberes que debe observar en los procedimientos a su cargo”*²⁵.

Se aclara entonces que la moralidad administrativa se encuentra íntimamente relacionada con el cumplimiento de las funciones establecidas en la norma para el ejercicio de un cargo; lo anterior, por cuanto el comportamiento de aquellas personas que ejercen función pública se encuentra justificado en el ordenamiento jurídico, y es en esta medida que la moralidad administrativa se encuentra relacionada con el principio de legalidad²⁶. En este sentido, aunque toda violación a la moral administrativa acarrearía una violación al principio de legalidad, no todo acto ilegal llegaría a ser inmoral.

En palabras del Consejo de Estado:

En efecto, la moralidad administrativa, se refiere al ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades (sic) propias del cumplimiento de las funciones públicas, determinadas por la satisfacción del interés general y no por intereses privados y particulares, sin que cualquier vulneración al ordenamiento jurídico, en el ejercicio de tal función, lleve consigo de manera automática, vulneración a la moralidad administrativa, por cuanto, no toda violación al principio de legalidad, lleva consigo necesariamente violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa²⁷.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 2004-00009 de agosto 30 de 2007, Rad. 88001233100020040000901

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 2004-00009 de agosto 30 de 2007, Rad. 88001233100020040000901

²⁷ Sentencia 640 de abril 16 de 2007. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Rad.: AP 4400123310002004000640 01. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Actor: Alex Adolfo Pimienta Solano. Demandado: Municipio de Albania y otros.

La vulneración o amenaza a este principio puede presentarse, bien por extralimitación, bien por omisión, de las autoridades en el ejercicio de sus funciones de carácter públicas (artículo 6° de la Constitución Nacional). De presentarse alguna de estas dos situaciones, se entiende que el sujeto responsable habrá afectado no sólo al Estado y a las víctimas directas de esta conducta, sino también a la colectividad interesada, frente a la cual deberá hacerse responsable²⁸. *“Es menester escindir la violación al principio de legalidad cuya protección es ajena a la acción popular y propia de las acciones ordinarias, de la vulneración a la moralidad administrativa, esta si pasible de protección a través de este mecanismo procesal”*²⁹.

En estos casos se entiende que el responsable no sólo ha incurrido en una actuación que tiene carácter ilegal sino que además este sujeto evidencia una conducta que podría calificarse como antijurídica, toda vez que ha actuado con el fin de atender intereses personales y sacar provecho propio y no en beneficio del interés general³⁰.

Quien tiene la carga probatoria frente a la amenaza o vulneración de la moralidad administrativa es el accionante de la acción popular, y, en virtud de las consideraciones anteriormente planteadas, no puede limitarse a demostrar la ilegalidad de un determinado acto sino que además debe dejar claro el punto en el cual resulta violado el principio de la moralidad administrativa. En el caso del Juez, cabe resaltar que no debe ocuparse sólo de revisar la existencia de una transgresión a la legalidad que ha generado la supuesta vulneración al principio en

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 2004-00009 de agosto 30 de 2007, Rad. 88001233100020040000901

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 2004-00009 de agosto 30 de 2007, Rad. 88001233100020040000901

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 2004-00009 de agosto 30 de 2007, Rad. 88001233100020040000901

mención, sino que debe superar este análisis y estudiar las razones o motivos que llevan al sujeto que ejerce función pública a desplegar la actuación³¹.

Cabe aquí la consideración que hace el Consejo de Estado frente a la relación de la moralidad administrativa y los principios generales del derecho, ya que cuando esta Corporación establece la relación existente entre la moralidad administrativa y los principios generales del derecho, señala que para sostener que existe tal relación, debe partirse de un criterio ampliado de la moralidad administrativa. Este es un concepto reciente de la Jurisprudencia de esta entidad y que permite una protección más amplia de este derecho colectivo, en la medida en que, para indagar por la transgresión o no del ordenamiento jurídico, no nos limitamos a verificar la transgresión de una norma por una acción u omisión de un sujeto en ejercicio de la función pública, sino que apreciamos la posible violación de un principio, la cual podría determinar una violación a la moralidad administrativa. Así aunque no haya existido una transgresión de la regla, una transgresión a un principio general del derecho podría determinar la eventual transgresión de la moralidad³². Todo lo anterior debe ser estudiado teniendo en cuenta que la transgresión del ordenamiento jurídico no implica *per se* una violación a la moralidad administrativa, sino que, para que ésta se configure deben concurrir en el análisis elementos de tipo moral.

³¹ Sentencia 640 de abril 16 de 2007. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Rad.: AP 4400123310002004000640 01. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Actor: Alex Adolfo Pimienta Solano. Demandado: Municipio de Albania y otros.

³² De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, esta posición encuentra un sustento claro en el Estado Social de Derecho, el cual “...*impone otra manera de interpretar el derecho disminuyendo la importancia sacramental del texto legal, pues el Estado de derecho es...bastante más que un mecanismo formal resuelto en una simple legalidad; es una inequívoca proclamación de valores supraleales y de su valor vinculante directo*” (Consejo de Estado, sentencia de junio de 2001, AP-166). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 2004-00009 de agosto 30 de 2007, Rad. 88001233100020040000901

Por tanto, los jueces estarán en la obligación de guiar su análisis estableciendo una vinculación directa entre la función administrativa y los principios generales del derecho, y en esta medida, queda radicado en su cabeza el deber de aplicar directamente dichos principios, cuyos contenidos es bien difícil de precisar y por esencia es imposible definirlos *a priori*³³.

Señala el Consejo de Estado que: *“De esta manera, la legalidad pura y simple deja de ser el comienzo y el fin de la moralidad administrativa, el lugar en el cual se recoge en forma completa, para convertirse en uno de los espacios a través de los cuales se expresa la moralidad”*³⁴.

En resumen, y citando la aclaración que hace el Consejo de Estado en Sentencia del 21 de febrero de 2007 (AP-549), no basta con el quebrantamiento de una norma legal para que se dé una violación a la moralidad administrativa, sino que se requiere un *“desarrollo interpretativo y argumentativo del juez en cada caso, capaz de demostrar la efectiva violación o amenaza al derecho o interés colectivo a partir del análisis de la relación entre la moralidad administrativa entendida como principio y esta”*³⁵.

La relación existente entre la legalidad y la moralidad aquí planteada es de suma importancia, más aún si adherimos a la posición del Consejo de Estado según la cual siempre es necesario indagar por la legalidad de un acto antes de entrar al análisis de la moralidad administrativa, ya que no dejaría al libre arbitrio y juicio de los jueces la definición de lo que es moral y de lo que es inmoral; sino que permite que el análisis del juez vaya acompañado de una serie de normas positivas y que

³³ Consejo de Estado, sentencia de junio de 2001, AP-166. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 2004-00009 de agosto 30 de 2007, Rad. 88001233100020040000901

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 2004-00009 de agosto 30 de 2007, Rad. 88001233100020040000901

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 2004-00009 de agosto 30 de 2007, Rad. 88001233100020040000901

el resultado final (la decisión final) no sorprenda a aquellas personas que se encuentran involucradas en la toma de una decisión pública³⁶.

2.2 TEXTURA ABIERTA DEL CONCEPTO DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA

El Consejo de Estado, en muchas oportunidades ha recalcado la textura abierta que tiene el concepto de la moralidad administrativa; incluso lo ha asimilado a lo que en derecho penal se denomina una norma en blanco³⁷, ya que contiene elementos cuya definición debe encontrarse en otras disposiciones.

Se dice pues, que en un Estado pluralista como el contemplado por la Constitución de 1991, pueden darse diversas definiciones de moralidad administrativa, y por lo tanto se señala que es un principio con textura abierta³⁸. Sin embargo, no puede establecerse que la determinación del concepto dependa de la concepción subjetiva de quien califica la actuación “*sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley*”³⁹, dado que el concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 2004-00009 de agosto 30 de 2007, Rad. 88001233100020040000901

³⁷ Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia AP-00336 del 7 de octubre de 2004. / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-2922 de noviembre 11 de 2004, Rad.: 76000-23-31-000-2003 (AP-02922) 01, nov. 11/2004, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-13001-23-31-000-2000-0005-01 de septiembre 6 de 2001, Rad. AP-13001-23-31-000-2000-0005-01, sep. 6/2001, Consejero Ponente. Jesús María Carrillo Ballesteros

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-25000-23-25-000-2002-01089-01 de mayo 25 de 2006, Radicación AP-25000-23-25-000-2002-01089-01, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., mayo veinticinco de dos mil seis. / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-66001-23-31-000-2004-00543-01 de marzo 2 de 2006, Rad.: Ap-66001-23-31-000-2004-00543-01, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá D.C., dos de marzo de dos mil seis. / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-130012331000200300239-01 de marzo 16 de 2006, Rad.: AP-130012331000200300239-01, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., 16 de marzo de 2006.

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, AP-8001233100020020221401, 6 de Octubre de 2005, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá D.C.

Es así como en sentencia proferida el 17 de junio de 2001, se dijo lo siguiente:

(...) en otra oportunidad⁴⁰, la Sala tocó el tema del derecho colectivo, a la **moralidad administrativa**. Reconoció que se trata de un principio constitucional que debía ser aplicado como consecuencia del alcance cualitativo del Estado social de derecho, que impone otra manera de interpretar el derecho disminuyendo la importancia sacramental del texto legal⁴¹, pues el “Estado de derecho es... bastante más que un mecanismo formal resuelto en una simple legalidad; es una inequívoca proclamación de valores supralegales y de su valor vinculante directo⁴²”.

Por esta razón, el juez adquiere la tarea de vincular la función administrativa a los principios generales del derecho a los que se refiere nuestra Constitución Política, aunque ello implique la aplicación de principios imposibles de definir *a priori*, ya que, de hacerlo, los significados serían tan generales que permitirían a cada persona llegar a soluciones distintas; los principios generales encuentran su concreción en cada caso específico⁴³.

Es decir, siendo una norma en blanco, corresponde al juez interpretarla bajo la hermenéutica jurídica, y aplicarla al caso conforme dictan los principios de la sana crítica⁴⁴. Sin embargo, también se ha dicho, su determinación no puede depender de la concepción subjetiva del juez, sino que, por el contrario, debe referirse a la finalidad que inspira el acto objeto del análisis, de acuerdo con la ley⁴⁵.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia proferida el 16 de febrero de 2001. Expediente AP-170.

⁴¹ Ver, entre otras, Corte Constitucional T-406 de 1992.

⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho. Madrid: Editorial Civitas S.A. 1986, p. 170.

⁴³ LARENZ, Karl. Derecho justo, fundamentos de ética jurídica. Madrid: Editorial Civitas, 1993, p. 37.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente AP-163. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sentencia 2004-00833 de octubre 12 de 2006, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad AP-15001-23-31-000-2004-00833-01, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., doce de octubre de dos mil seis. / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-25000-23-25-000-2002-01089-01 de mayo 25 de 2006, Radicación AP-25000-23-25-000-2002-01089-01, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., mayo veinticinco de dos mil seis. / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-54001-

Sin embargo, a pesar de que la moralidad administrativa se encuentra consagrada en normas legales y supraleales es necesario reconocer que no han sido definidos en otras disposiciones, razón por la cual puede decirse que estamos frente a un concepto jurídico indeterminado. Ante esta situación, el Consejo de Estado se ha tomado la tarea de delimitarlo, a través de definiciones que nos permiten comprender el concepto de manera más precisa⁴⁶.

En este sentido, y teniendo en cuenta la imposibilidad de definir *a priori* el concepto de moralidad administrativa, el Consejo de Estado, en su intento de darle claridad, en sentencia de la Sección Cuarta del 20 de abril de 2000, expediente AP-52⁴⁷, ha establecido que la moralidad administrativa persigue, entre otras cosas, el manejo adecuado de los recursos públicos, a través del comportamiento ético de los funcionarios frente al mismo⁴⁸; asimismo, ha dicho que, dados los conceptos de justicia y equidad establecidos en el artículo 35 numeral 9º de la Carta Política, si todos los colombianos tienen el deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, uno de los derechos correlativos sería el de exigir la transparencia y la racionalidad en su manejo⁴⁹. Desde esta perspectiva, podría considerarse como inmoral toda actuación que no responda al desarrollo de los fines que buscan las facultades que han sido

23-31-000-2002-01944-01 de enero 26 de 2006, Radicación AP-54001-23-31-000-2002-01944-01, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., veintiséis de enero de dos mil seis. / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-54001-23-31-000-2002-01944-01 de enero 26 de 2006, Radicación AP-54001-23-31-000-2002-01944-01, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., veintiséis de enero de dos mil seis.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-250002327000200401402 02 (acumulado con el 2004-01605), de marzo 5 de 2008, Magistrada Ponente Dra. Myriam Guerrero de Escobar

⁴⁷ Ver también Consejo de Estado, Sentencia 2004-00833 de octubre 12 de 2006, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad AP-15001-23-31-000-2004-00833-01, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., doce de octubre de dos mil seis.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente AP-170 de 2001, AP-166 de 2001 y AP-0787 de 2002.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sentencia AP-435 de marzo 25 de 2004, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Ref. AP-0435, Rad. 25000-23-25-000-2001-0435-01, Consejero Ponente: Maria Elena Giraldo Gómez, Bogotá, veinticinco de marzo de 2004.

conferidas al funcionario que lo ejecuta y al interés de la comunidad⁵⁰. Es por esto que, como se desarrollará más adelante, este principio está íntimamente vinculado a la desviación de poder⁵¹.

Aunque en la Ley 472 de 1998 no se definiera el concepto de “moralidad administrativa” dada la dificultad anteriormente expuesta, en los antecedentes sí se trató de delimitar ya que definió *“la moralidad administrativa y la prevención de cualquier práctica corrupta por parte de los servidores públicos”*, como *“el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidados propios de un buen funcionario”*.⁵² (Cfr. Gaceta del Congreso N° 277, sep. 5/95, pág. 1). Todo lo anterior, en concordancia con lo que establece el artículo 209 de la Constitución Política de 1991: *“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 (...)”*.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-25000-23-25-000-2002-01089-01 de mayo 25 de 2006, Radicación AP-25000-23-25-000-2002-01089-01, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., mayo veinticinco de dos mil seis. / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-54001-23-31-000-2002-01944-01 de enero 26 de 2006, Radicación AP-54001-23-31-000-2002-01944-01, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., veintiséis de enero de dos mil seis.

⁵¹ Consejo de Estado, Sentencia 2004-00833 de octubre 12 de 2006, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad AP-15001-23-31-000-2004-00833-01, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., doce de octubre de dos mil seis. / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-25000-23-25-000-2002-01089-01 de mayo 25 de 2006, Radicación AP-25000-23-25-000-2002-01089-01, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., mayo veinticinco de dos mil seis.

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-25000-23-25-000-2002-01089-01 de mayo 25 de 2006, Radicación AP-25000-23-25-000-2002-01089-01, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., mayo veinticinco de dos mil seis. / Sentencia, Sección Tercera, del 17 de junio de 2001, expediente AP-166 / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 2003-00345 de mayo 25 de 2006, Rad. AP-25000-23-27-000-2003-00345-02, mayo 25/2006, Bogotá, D.C., veinticinco de mayo de dos mil seis. / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-54001-23-31-000-2002-01944-01 de enero 26 de 2006, Radicación AP-54001-23-31-000-2002-01944-01, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., veintiséis de enero de dos mil seis.

Tal como ha indicado la Corte Constitucional, el concepto de moralidad administrativa, si bien tiene una textura abierta, se ha venido decantando a través de los criterios que ha establecido la Jurisprudencia del Consejo de Estado, criterios que permiten la protección de este derecho de manera objetiva, a partir de la aplicación a cada caso concreto de principios hermenéuticos y de sana crítica⁵³. Es por esto que el concepto de moralidad administrativa encuentra múltiples aplicaciones que le van dando los operadores jurídicos en los casos concretos, lo cual poco a poco va ayudando a la concreción y precisión del concepto, teniendo en cuenta que no se creará un único y definitivo concepto de la moralidad administrativa, sino que se crearán múltiples significados locales del concepto⁵⁴.

Ha sido reiterada la posición del Consejo de Estado en lo que se refiere a los fines perseguidos por el principio de moralidad administrativa. En sentencia del 31 de mayo de 2002⁵⁵, el Consejo de Estado explica que este principio mencionado en la Carta Política, es objeto de control a través de la acción popular. La tarea del juez es estudiar los procedimientos donde presuntamente se ha hecho uso de la función administrativa en provecho propio o de un tercero y en perjuicio del bien común, o se ha omitido la diligencia necesaria para preservar los intereses colectivos, o inclusive actos que presuntamente han transgredido la ley, con la finalidad de recuperar las sumas de dinero desviadas a causa de la corrupción. Aparece entonces la moralidad administrativa como un marco dentro del cual se deben ejercer las funciones propias del ejercicio del poder⁵⁶.

⁵³ Corte Constitucional, sentencia SU- 913 de 11 de diciembre de 2009, Sala Plena, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 2004-00009 de agosto 30 de 2007, Rad. 88001233100020040000901

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 2004-00009 de agosto 30 de 2007, Rad. 88001233100020040000901

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de 31 de mayo de 2002, Expediente AP-300.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-13001-23-31-000-2000-0005-01 de septiembre 6 de 2001, Rad. AP-13001-23-31-000-2000-0005-01, sep. 6/2001, Consejero Ponente. Jesús María Carrillo Ballesteros

En concordancia con el tema que se ha venido desarrollando, es necesario hacer referencia a una precisión del concepto de moralidad administrativa que se repite en numerosas sentencias del Consejo de Estado. Se trata de establecer tres características que tiene la moralidad administrativa como derecho colectivo defendible por cualquier persona:

a) Es un principio que debe ser concretado en cada caso; b) al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación; c) en la práctica, la violación de este derecho colectivo implica la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza⁵⁷.

Se hace necesario anotar que la ya reiterada indeterminación que caracteriza el concepto de moralidad administrativa propicia el ingreso de las propias creencias y convicciones del juez, quien en su intento por determinar el alcance de este concepto y aplicarlo al caso concreto, tendrá en cuenta sus tendencias políticas, sociales, éticas y morales. No obstante, su actuación debe darse sobre la base firme que constituyen las leyes, principios y valores por los que se rige el ordenamiento jurídico. Con base en ellos es que el juez debe adelantar su análisis acerca de la amenaza o vulneración de la moralidad administrativa en el caso

⁵⁷ Consejo de Estado, Sentencia AP-2003-00618, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. AP-70001-23-31-000-2003-00618-01, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá D.C. junio 18 de 2008. / Sentencia proferida por la Sección Tercera el 31 de octubre de 2002, Exp. AP-059. En el mismo sentido ver sentencias AP-166 y Ap-170 de 2001. / Consejo de Estado, Sentencia 2004-00833 de octubre 12 de 2006, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad AP-15001-23-31-000-2004-00833-01, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., doce de octubre de dos mil seis. / Sentencia proferida por la Sección Tercera el 31 de octubre de 2002, expediente AP-059. En el mismo sentido ver sentencias AP-166 y AP-170 de 2001. / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-25000-23-25-000-2002-01089-01 de mayo 25 de 2006, Radicación AP-25000-23-25-000-2002-01089-01, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., mayo veinticinco de dos mil seis. / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-130012331000200300239-01 de marzo 16 de 2006, Rad.: AP-130012331000200300239-01, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., 16 de marzo de 2006.

concreto; no obstante, la subjetividad judicial jamás podría valerse de elementos extranormativos, los cuales no son objetivos⁵⁸.

En conclusión, como lo afirma el Consejo de Estado, el concepto de moralidad administrativa ha alcanzado un amplio desarrollo jurisprudencial, por cuanto, a pesar de ser un principio constitucional y un derecho colectivo de textura abierta, ha sido decantado a partir de numerosos criterios y de la aplicación, en cada caso, de principios hermenéuticos y la sana crítica⁵⁹. No obstante, definir la moralidad administrativa de manera absoluta, no solo se estaría atentando contra los principios de justicia y equidad como se explica en este documento, sino que, además, atentaría contra el pluralismo que debe inspirar el actuar de todos los operadores jurídicos, consagrado en el artículo 1° de la Constitución de 1991⁶⁰.

2.3 DEFINICION DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA

El Consejo de Estado ha señalado algunos supuestos dentro de los cuales se constata una amenaza o vulneración a la moralidad administrativa:

Cuando la transgresión de la legalidad obedece a finalidades de carácter particular⁶¹ –noción que la aproxima a la desviación de poder-⁶²; cuando

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, radicación: 2003-00013.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-2005-00901 de marzo 6 de 2008, Rad. AP-250002324000200500901-01, mar. 6/2008, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, Bogotá, D.C., marzo seis de dos mil ocho.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-2922 de noviembre 11 de 2004, Rad.: 76000-23-31-000-2003 (AP-02922) 01, nov. 11/2004, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia de 4 de noviembre de 2004, radicación 2500023240002003 (AP-2305) 01. Actor: William Reini Farias Pedraza. Demandado: DIAN. Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque. En el mismo sentido, véase sentencia del 6 de octubre de 2005, radicación 0800123310002002 (AP-2214) 01. Actor: Jairo Torres Moreno y otros. Demandado: distrito especial, industrial y portuario de Barranquilla. Consejero Ponente Ruth Stella Correa.

⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 31 de octubre de 2002, radicación 5200123310002000105901 (AP-518). Actor: Jesús Orlando Mejía Yepes. Demandado: Empresa de Licores de Nariño y otros. Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque.

existen irregularidades y mala fe por parte de la administración en el ejercicio de potestades públicas⁶³; cuando se desconocen los valores y principios que inspiran la actuación administrativa y que determinan la expedición de las normas correspondientes al tiempo que orientan su adecuada interpretación⁶⁴ —concepción que reconoce la importancia axiológica y principialística del ordenamiento, en un contexto eminentemente jurídico que, por tanto, no coincide con el mero desconocimiento de los parámetros éticos y morales aceptados por los asociados⁶⁵; cuando se aplique o interprete por parte de una autoridad administrativa un precepto legal o una decisión judicial en un sentido que se aparte de manera ostensible y contraevidente de su correcto entendimiento”⁶⁶.

De acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado, los intentos de definir la moralidad administrativa no implican una limitación de su concepto sino que simplemente ayudan a explicar el mismo, toda vez que en conceptos como éste – de textura abierta- *“es el caso concreto el que brinda el espacio para que la norma se aplique y para que se proteja el correspondiente derecho colectivo”*⁶⁷.

⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil seis (2006), radicación: 190012331000200301594 01, referencia: acción popular, actor: Gerardo Aníbal Paz Gómez y otros, demandado: Municipio de Popayán y otros, Consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 2 de junio de 2005, radicación 2500023270002003 (AP-00720) 02. Actor Fundación Un sueño por Colombia. Demandado: Nación - Ministerio de Comunicaciones. Consejero Ponente Ruth Stella Correa. También, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 26 de octubre de 2006, radicación 7600123310002004 (AP-01645) 01. Actor: Andrés Alberto Gómez Orozco. Demandado: Municipio de Santiago de Cali.

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 21 de febrero de 2007, radicación 4100123310002004 (AP-00690) 01. Actor: María Nubia Zamora. Demandando: Empresas Públicas de Garzón “Empugar”. Consejero Ponente Enrique Gil Botero.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veintidós (22) de agosto de dos mil siete (2007), actor: Linnette Andrea Gutiérrez y otro, demandada: municipio de Bucaramanga, radicación: 68001231500020030022801, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, Sentencia 2003-01472 de abril 15 de 2010. C. P Mauricio Fajardo Gómez. (Sentencia 2005-01423 de mayo 21 de 2008. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Radicación N° 76001 23 31 000 2005 01423 01. Actor: Oscar Antonio Morales Pinzón. Demandado: Municipio de Santiago de Cali – Secretaría de Desarrollo Territorial y Bienestar Social.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 16 de mayo de 2007, expediente: AP 2002-2943, actor: Alejandro Ramírez Brandt, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra. “Es claro que tratándose de conceptos generales y abstractos que acusan la falta de concreción (como buena fe, equidad, corrección, etc.) las nociones que acompañan su aplicación han de estar referidas al caso concreto que motiva su invocación. Por ello, para la Sala, las situaciones particulares en las cuales

Para lograr una mayor claridad del concepto de moralidad administrativa, deben hacerse dos precisiones⁶⁸.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que éste derecho no protege la moralidad en abstracto, ni la moralidad en general sino, sólo la moralidad administrativa, la cual es sólo una parte de la moralidad.

En segundo lugar, el adjetivo “administrativo” indica algunas ideas preconstruidas por el derecho público, lo cual sería decisivo para determinar el alcance de este concepto.

- La expresión “administrativa” se refiere a la actuación de la rama ejecutiva o administrativa del poder público (y la actuación de otras ramas y particulares en ejercicio de la función administrativa –ambos-), por lo que, sólo la actuación de la misma y sus decisiones podrían ser controladas a través de la interposición de una acción popular. Desde esta perspectiva, la moralidad administrativa se refiere al ejercicio de la función administrativa y no al ejercicio de otras funciones públicas.
- No obstante, el Consejo de Estado considera que ésta es una aproximación al concepto que resulta restringida, toda vez que el artículo 88 de la Constitución Nacional no hace referencia únicamente a la función pública, sino que se refiere a la “moral pública” como género de la moral política. Por tanto, la moralidad es exigible de todos los órganos en ejercicio de actividades a cargo del Estado, cualquiera que sea la rama a la que pertenezcan. Esta es una interpretación más garantista que se ajusta a la filosofía de la Constitución Nacional y a los derechos colectivos susceptibles de ser protegidos mediante

se analiza si existió o no vulneración o amenaza de la moralidad administrativa serán las que den lugar a la utilización de uno u otro concepto”.

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 2004-00009 de agosto 30 de 2007, Rad. 88001233100020040000901

una acción popular, en la medida en que lo que busca este derecho es proteger al ordenamiento jurídico de las desviaciones, con independencia de la rama del poder público de la que provengan, e incluso con independencia de si la rama legislativa o jurisdiccional se encuentran o no ejerciendo funciones administrativas⁶⁹.

La moralidad administrativa, a diferencia de otros derechos colectivos, se caracteriza por tener *“una alta potencialidad de proyectarse sobre la realidad, en el sentido en que no se encuentra anclada en un tipo de acto o momento específico, sino que puede manifestarse a través de distintas acciones e instrumentos. Es el caso de los contratos estatales, los actos administrativos, las simples o puras acciones materiales del Estado, entre otras formas de actuación administrativa. Incluso, las omisiones pueden involucrar una amenaza o violación al derecho a la moral administrativa...”*⁷⁰. En este sentido puede concluirse que, *a priori*, cualquier expresión de la voluntad del Estado puede llegar a constituir una amenaza o vulneración del derecho.

Se ha evidenciado una evolución de la conciencia moral del colectivo social y del Estado de Derecho, tratando de unirlo con los fines del estado moderno, esto se ve reflejado en una elevación de la moral a la categoría de derecho colectivo. Todo lo anterior, destaca una exigencia ética de la correcta actuación de los funcionarios del estado en relación con las tareas que tienen a su cargo⁷¹.

⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 2004-00009 de agosto 30 de 2007, Rad. 88001233100020040000901

⁷⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 2004-00009 de agosto 30 de 2007, Rad. 88001233100020040000901

⁷¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 2004-00009 de agosto 30 de 2007, Rad. 88001233100020040000901

2.4 MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y FUNCIÓN PÚBLICA

El Consejo de Estado⁷², ha relacionado el concepto de moralidad administrativa directamente con la noción de función pública, y ha dicho que *“aquel se ve vulnerado cuando se observan irregularidades y mala fe por parte de la administración en el ejercicio de potestades públicas. Por consiguiente, cuando una persona en virtud de la acción popular acude en procura de la protección de ese derecho, debe analizarse la acción u omisión de la administración en el caso concreto”*.

Para relacionar los conceptos de moralidad administrativa y función pública, el Consejo de Estado en sentencia del 23 de junio de 2005, Consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar, ha citado las siguientes normas:

Artículo 209 de la Constitución Política: *“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”* (negritas adicionales).

Artículo 3 de la Ley 489 de 1998: *“La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, **moralidad**, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. (...)”* (negritas fuera de texto).

⁷² Sección Tercera, en sentencia del veintitrés (23) de junio de dos mil cinco (2005), radicado 7600 1233 1000 2002 01694-01, Consejero ponente Germán Rodríguez Villamizar, Bogotá D.C.

2.5 MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y DESVIACION DE PODER

Uno de los criterios que ha señalado el Consejo de Estado para determinar la moralidad de un acto administrativo, es la adecuación del mismo a la finalidad que inspira de acuerdo a la ley. Como consecuencia, entonces, se considera inmoral – como se ha dicho ya en el presente escrito- todo acto administrativo que no corresponda al interés de la colectividad, y a los fines que persigue la ley con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. En este sentido, se puede establecer un vínculo entre este principio y la desviación del poder⁷³.

Como se ha explicado previamente, para dar concreción y definir el alcance de la moralidad administrativa como derecho colectivo, es necesario que el operador judicial se encargue de integrar este concepto en cada caso concreto, tomando en consideración la situación fáctica, probatoria y jurídica que rodean la supuesta amenaza o vulneración del derecho colectivo⁷⁴.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la moralidad administrativa presenta dos rangos normativos diferentes⁷⁵. De un lado, aparece como principio de la función administrativa, en el artículo 209 de la Constitución Nacional⁷⁶; y, de otro lado, aparece como derecho de naturaleza colectiva en el artículo 88 de la Constitución Nacional⁷⁷.

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, radicación: 2003-00013. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, Sentencia 2003-01472 de abril 15 de 2010. C. P Mauricio Fajardo Gómez.

⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, Sentencia 2003-01472 de abril 15 de 2010. C. P Mauricio Fajardo Gómez; Salvamento de voto.

⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 2004-00009 de agosto 30 de 2007, Rad. 88001233100020040000901. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, Sentencia 2003-01472 de abril 15 de 2010. C. P Mauricio Fajardo Gómez.

⁷⁶ 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...”.

⁷⁷ 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

De acuerdo con la primera de sus manifestaciones, la moralidad administrativa se entiende como un parámetro normativo que rige la actividad de los funcionarios, servidores públicos y particulares que ejercen función administrativa, y que se constituye en una obligación axiológica y deontológica de conducta en el ejercicio de las funciones de estas personas, quienes deberán actuar bajo los postulados de honradez, pulcritud, honestidad, rectitud, buena fe, primacía del interés general⁷⁸.

Mientras que la moralidad administrativa como derecho colectivo:

Se erige como uno de los grandes logros obtenidos con la transformación del Estado Liberal y del Estado de Bienestar del siglo XX, 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.

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 hegemónicos que se comparten y son aceptados —en un juicio de universalidad (imperativo categórico), en términos Kantianos— por la comunidad⁷⁹.

Si bien el derecho colectivo a la moralidad administrativa se estructura como un derecho subjetivo, se debe tener en cuenta que además tiene una naturaleza y fundamento especiales y distintos de los derechos subjetivos; este derecho

moralidad administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, Sentencia 2003-01472 de abril 15 de 2010. C. P Mauricio Fajardo Gómez.

⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, Sentencia 2003-01472 de abril 15 de 2010. C. P Mauricio Fajardo Gómez.

supone una visión dual en cuanto a su formulación y en cuanto a las consecuencias jurídicas que produce ante su amenaza o vulneración⁸⁰.

En resumen:

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

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

b) La moralidad administrativa como derecho colectivo: radica en cabeza de todas las personas que integran el núcleo social, la posibilidad de acudir ante el aparato jurisdiccional del poder público para reclamar, vía judicial con efectos de cosa juzgada erga omnes, mediante el agotamiento de un proceso legalmente establecido, la protección del citado derecho o interés colectivo que se ve vulnerado por la conducta activa u omisiva de un servidor público o de un particular que ejerce función pública, a causa del desconocimiento de ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación⁸¹.

En su propósito de encontrar elementos objetivos que permitan la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el Consejo de Estado ha acudido a la figura de la desviación de poder. La desviación de poder se entiende como el fenómeno consistente en el ejercicio de una atribución para fines diferentes de aquellos previstos en la ley. Al estudiar el tema, ha dicho el Consejo de Estado respecto a la desviación de poder:

Cuando el agente administrativo realiza un acto que cabe dentro de sus atribuciones, observa las formalidades prescritas por la ley, el acto se ajusta en sus términos a las normas superiores, pero, al proferirlo, se han tenido en cuenta motivos distintos a aquellos para los cuales se confirió el poder. En síntesis, la desviación de poder se configura cuando la atribución de que está investido el funcionario se ejerce hacia un fin distinto del previsto en la ley.⁸²

⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, Sentencia 2003-01472 de abril 15 de 2010. C. P Mauricio Fajardo Gómez.

⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, Sentencia 2003-01472 de abril 15 de 2010. C. P Mauricio Fajardo Gómez.

⁸² CONSEJO DE ESTADO. Sección segunda. Radicación: 10022. Marzo 20 de 1997.

Han sido varios los casos en que el Consejo de Estado utilizó la figura de desviación de poder como criterio para definir la vulneración o no de la moralidad administrativa. En este sentido, podemos encontrar la sentencia del 5 de Octubre de 2005⁸³. En este caso, el Consejo de Estado decide un recurso interpuesto contra una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, en la que éste último decidió proteger los derechos colectivos a la moralidad administrativa y patrimonio público.

Los hechos esgrimidos por el actor popular indican que en el año 1999, la Gobernación del Cesar suscribió un contrato con el señor Amadeo Tamayo Morón, en virtud del cual éste último asesoraría al Departamento, haría los estudios necesarios para lograr la indemnización por el incumplimiento legal del Gobierno nacional dentro del proceso de privatización del sector eléctrico en la costa atlántica, y realizaría las acciones pertinentes para representar al Departamento en el proceso liquidatorio de Electrocesar S.A. E.S.P. El 2 de octubre de 2000 se liquidó el contrato, estableciendo como honorarios para el señor Tamayo Morón el 10% de lo que hubiera ingresado en las arcas del Departamento como consecuencia de su gestión. Para la liquidación de honorarios del contratista se tuvieron en cuenta actividades desplegadas antes del perfeccionamiento del contrato.

Como concepto importante utilizado por el Consejo de Estado, para definir la violación a la moralidad administrativa en este caso concreto, aparece la desviación de poder. Explica esta Corporación que los hechos anteriormente descritos, especialmente el hecho de liquidar los honorarios teniendo en cuenta actividades desarrolladas antes del perfeccionamiento del contrato, constituyen, para el caso que se estudia, prueba indiciaria de la desviación de poder. El principal argumento expuesto por el Consejo de Estado para llegar a esta conclusión es que el acta de liquidación que se presentó se aleja de los fines

⁸³ CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 5 de octubre de 2005. C.P. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Radicación: 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP).

señalados para tal efecto por la Ley 80 de 1993, por cuanto las partidas económicas en ella contenidas tuvieron un origen diferente de la ejecución del contrato de que se trataba.

Adicionalmente, establece que la inclusión en los honorarios de actividades ajenas al contrato, constituye una amenaza flagrante a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público. El Consejo de Estado determinó que dicha amenaza estaba determinada por el aval que el entonces Gobernador del Departamento del Cesar dio a los hechos narrados, hechos que no daban cuenta del cumplimiento de las normas establecidas para tal efecto, ni de la debida diligencia y cuidado necesarias para el manejo del patrimonio.

Finalmente, el Consejo de Estado protege el derecho a la moralidad administrativa, ya que evidencia su vulneración aduciendo la existencia del vicio de desviación de poder.

De igual manera, como se dijo anteriormente, la mala fe del funcionario constituye un criterio claro para la protección de la moralidad administrativa mediante una acción popular. Por tal motivo, vale la pena citar un caso de la jurisprudencia en el que se establece una conexión entre la vulneración o amenaza a la moralidad administrativa y la mala fe del funcionario.

En el fallo AP-163 de 2001⁸⁴, el Consejo de Estado hace una clara referencia a la relación existente entre el principio de buena fe y la moralidad administrativa. En esta sentencia se resuelve una impugnación de un fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en el que se estudió una acción popular interpuesta contra la Secretaría de Educación del Distrito de Cartagena. Los hechos en que se basó la acción popular podrían resumirse en la celebración de un acuerdo entre la Secretaría de Educación de Cartagena y el Convenio Andrés Bello para el mejoramiento de la educación distrital, para el cual se utilizaron recursos cuya

⁸⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 6 de septiembre de 2001. C.P. CARRILLO BALLESTEROS, Jesús María. Radicación: 13001-23-31-000-2000-0005-01(AP-163).

destinación era específica y consistía en cubrir el déficit del situado fiscal para la prestación del servicio de educación dentro de la vigencia fiscal 1998.

Respecto a estos hechos, el Consejo de Estado expresó que los funcionarios públicos deben ejercer con mayor rigurosidad la moralidad administrativa y la buena fe y que, por esta razón, el desconocimiento de las directrices impartidas por el Ministerio de Educación y la asignación de recursos con destinación específica a rubros distintos, evidencia mala fe de los agentes estatales. Adicionalmente, establece que el hecho de que la administración actúe contra el principio de buena fe, implica transgredir el principio de primacía del interés general sobre el particular y defraudar la confianza legítima que los ciudadanos depositan en quienes tienen a su cargo los asuntos públicos.

El Consejo de Estado en esta sentencia termina aclarando que la inaplicación del principio de buena fe, reviste mayor importancia cuando es un servidor público, que tiene a su cargo el manejo de recursos públicos, y genera una transgresión de la moralidad administrativa.

2.6 MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y PATRIMONIO PÚBLICO

A diferencia del concepto de moralidad administrativa, que ha sido objeto de numerosos análisis en busca de una definición, y ha sido ampliamente discutido, generando numerosas tesis al respecto, forzando a concluir que éste debe ser precisado en cada caso concreto, encontramos que el concepto de patrimonio público ha sido elaborado por el Consejo de Estado⁸⁵, y el mismo ha sido citado en varias oportunidades por esta Corporación.

⁸⁵ Sentencia del 31 de mayo de 2002. Rad. AP-300. Consejo de Estado. Sección Cuarta, C.P. Ligia López Díaz.

En sentencia de radicado 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra, de octubre 5 de 2005, el Consejo de Estado (sección tercera) expone la definición de patrimonio público, mostrando que este concepto ha sido más estable y coherente en su desarrollo jurisprudencial que el de “moralidad administrativa”.

La definición de patrimonio público se enuncia en dicha sentencia en los siguientes términos:

Por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales. La regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia toda actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular.

La protección del patrimonio público busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y transparente, conforme lo dispone el ordenamiento jurídico y en especial las normas presupuestales.

Agrega el Consejo de Estado en esta misma sentencia que *“el debido manejo de los recursos públicos, la buena fe y el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, enmarcan el principio de moralidad administrativa, ámbito dentro del cual se debe estudiar el caso concreto”*⁸⁶.

El concepto de patrimonio público no se agota en los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables, ni en los que integran el territorio colombiano, sino que –como lo ha afirmado el Consejo de Estado de manera reiterada- debe

⁸⁶ Sentencia del 31 de mayo de 2002. Rad. AP-300. Consejo de Estado. Sección Cuarta, C.P. Ligia López Díaz. / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-2922 de noviembre 11 de 2004, Rad.: 76000-23-31-000-2003 (AP-02922) 01, nov. 11/2004, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

entenderse por patrimonio público, todos aquellos bienes que le permiten al Estado cumplir con las funciones que le han sido encomendadas, buscando así que los recursos sean administrados de forma eficiente y responsable, siguiendo los mandatos de las normas presupuestales⁸⁷. Este concepto incluye no solamente todos los bienes del Estado, sino que además, comprende los de todas sus entidades a nivel central, o descentralizado territorialmente o por servicios⁸⁸.

Cuando se habla de patrimonio público en cuanto derecho que corresponde a la colectividad, es preciso reconocerle un alcance amplio, que no solamente incluya dinero, sino también bienes, derechos o intereses de los cuales sea titular el Estado o las entidades que lo conforman, y adicionalmente, de los que sea titular la colectividad en general⁸⁹.

En términos del Consejo de Estado:

Se ha entendido que el concepto de patrimonio público cubre la totalidad de bienes, derechos y obligaciones, que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo⁹⁰. La defensa del patrimonio público, conlleva a que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, de acuerdo con las normas presupuestales, evitando con ello el detrimento patrimonial⁹¹.

⁸⁷ Consejo de Estado, Sentencia AP-2003-00618, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. AP-70001-23-31-000-2003-00618-01, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá D.C. junio 18 de 2008. / Sentencia de la Sección Cuarta del 31 de mayo de 2002, Exp. 25000-23-24-000-1999-9001-01. / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-25000-23-25-000-2002-01089-01 de mayo 25 de 2006, Radicación AP-25000-23-25-000-2002-01089-01, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., mayo veinticinco de dos mil seis.

⁸⁸ Consejo de Estado, Sentencia 2004-00833 de octubre 12 de 2006, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad AP-15001-23-31-000-2004-00833-01, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., doce de octubre de dos mil seis.

⁸⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-250002327000200401402 02 (acumulado con el 2004-01605), de marzo 5 de 2008, Magistrada Ponente Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

⁹⁰ Sentencia de la Sección Cuarta del 31 de mayo de 2002, Expediente 25000-23-24-000-1999-9001-01. **Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, radicación: 2003-00013.**

⁹¹ Así mismo la Sala indicó en sentencia del 31 de mayo del 2002, Expediente AP-300 que “la regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia toda actividad pública está

El Consejo de Estado ha precisado el concepto de “detrimento patrimonial”, estableciendo que no basta con que se reporte una mengua en el patrimonio, sino que, además, es necesario que ésta se produzca como consecuencia de una actividad no autorizada en la norma⁹².

Teniendo en cuenta esta definición de patrimonio público que ha dado el Consejo de Estado, junto con la definición de moralidad administrativa que, hace referencia a la pulcritud y honestidad que la sociedad espera de quienes manejan los recursos de la comunidad⁹³; se logra poner en evidencia una estrecha relación entre los conceptos de moralidad administrativa y patrimonio público, los cuales, a pesar de tener cada uno una naturaleza distinta e independiente, en ocasiones, se hacen inescindibles⁹⁴.

sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, radicación: 2003-00013. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia 2004-01625 de abril 22 de 2010, radicado 52001-23-31-000-2004-01625-01(AP), C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

⁹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia 2004-01625 de abril 22 de 2010, radicado 52001-23-31-000-2004-01625-01(AP), C.P. Marco Antonio Velilla Moreno. Consejo de Estado, Sentencia 2004-00833 de octubre 12 de 2006, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad AP-15001-23-31-000-2004-00833-01, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., doce de octubre de dos mil seis. / Sentencia de 4 de noviembre de 2004, Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. AP-2305.

⁹³ Corte Constitucional, Sentencia C-046 de 1994.

⁹⁴ Consejo de Estado, sentencia AP-1588, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá D.C. Octubre 5 de 2005. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, radicación: 2003-00013. En esta última sentencia, el Consejo de Estado señala que: *“Ha señalado esta Sala la inescindibilidad que por regla general se presenta entre la vulneración a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público dado que por regla general la vulneración de uno conduce a la conclusión sobre la vulneración del otro”*. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de octubre de 2004, Exp. AP-00336, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, sentencia AP-1588, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá D.C. Octubre 5 de 2005. / Consejo de Estado, Sentencia 2004-00833 de octubre 12 de 2006, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad AP-15001-23-31-000-2004-00833-01, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., doce de octubre de dos mil seis. / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 17 de junio de 2001, Exp. AP-166, C.P. Alier E. Hernández Enríquez. / Consejo de Estado, Sentencia AP-2003-00618, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. AP-70001-23-31-000-2003-00618-01, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá D.C. junio 18 de 2008. /

El derecho al patrimonio público aparece entonces como un control al ejercicio del poder en manos de los ciudadanos, cuya finalidad es establecer responsabilidad en los recursos manejados, y, explica el Consejo de Estado, es una aplicación que surge de la figura conocida como *accountability*, propia del derecho Anglosajón⁹⁵. Sin embargo, nada obsta para que se consolide una violación al patrimonio público, sin que se haya vulnerado la moralidad administrativa, siempre y cuando se demuestre un detrimento en aquel⁹⁶.

De acuerdo al significado que ha atribuido la jurisprudencia al derecho colectivo al patrimonio público, consistente en la honestidad y pulcritud en el manejo de los derechos, bienes y obligaciones del Estado, destinados al cumplimiento de los fines establecidos para éste último en el ordenamiento jurídico, se concluye que la afectación del patrimonio público, implica de suyo una afectación a la moralidad administrativa⁹⁷.

Sentencia, Sección Tercera, del 17 de junio de 2001, Exp. Ap-166. / Consejo de Estado, Sentencia 2004-00833 de octubre 12 de 2006, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad AP-15001-23-31-000-2004-00833-01, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., doce de octubre de dos mil seis. / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-2922 de noviembre 11 de 2004, Rad.: 76000-23-31-000-2003 (AP-02922) 01, nov. 11/2004, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-25000-23-25-000-2002-01089-01 de mayo 25 de 2006, Radicación AP-25000-23-25-000-2002-01089-01, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., mayo veinticinco de dos mil seis. / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 2003-00345 de mayo 25 de 2006, Rad. AP-25000-23-27-000-2003-00345-02, mayo 25/2006, Bogotá, D.C., veinticinco de mayo de dos mil seis. / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-54001-23-31-000-2002-01944-01 de enero 26 de 2006, Radicación AP-54001-23-31-000-2002-01944-01, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., veintiséis de enero de dos mil seis.

⁹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-13001-23-31-000-2000-0005-01 de septiembre 6 de 2001, Rad. AP-13001-23-31-000-2000-0005-01, sep. 6/2001, Consejero Ponente. Jesús María Carrillo Ballesteros

⁹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-54001-23-31-000-2002-01944-01 de enero 26 de 2006, Radicación AP-54001-23-31-000-2002-01944-01, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., veintiséis de enero de dos mil seis. / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-66001-23-31-000-2004-00543-01 de marzo 2 de 2006, Rad.: Ap-66001-23-31-000-2004-00543-01, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá D.C., dos de marzo de dos mil seis.

⁹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia 2004-01625 de abril 22 de 2010, radicado 52001-23-31-000-2004-01625-01(AP), C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

Cuando se hace un análisis de los asuntos que se han tramitado en el Consejo de Estado, por cuenta de la acción popular referidas a contratos estatales, resulta evidente que los derechos colectivos que con más frecuencia los demandantes encuentran comprometidos son los de moralidad administrativa y defensa del patrimonio público, (literales b y e del artículo 4º de la ley 472), aún cuando podría invocarse cualquier otro derecho colectivo. Adicionalmente, es preciso destacar que es común que, cuando se invoca la moralidad administrativa, se invoque también el patrimonio público y viceversa, esto es así, gracias a la conexión existente entre ambos derechos colectivos.

La conexión puede evidenciarse principalmente en el valor subjetivo que se les ha atribuido, consistente en la expectativa ciudadana de un correcto y ajustado manejo de los bienes, derechos y obligaciones en cabeza del Estado, sus dependencias o de la colectividad en general. Adicionalmente, para ambos derechos, este valor subjetivo, que se alcanza con el artículo 88 de la Constitución Política de 1991, no es individual sino colectivo, por lo tanto, cualquier miembro de la colectividad está legitimado para pedir su protección.

De esta forma se destaca indiscutiblemente una conexión entre los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público. No obstante, también es importante reconocer que la conexión puede evidenciarse más del patrimonio público que a la inversa. Esto, dado que, en la mayoría de los casos, el derecho al patrimonio público se vulnera a través de medios contrarios a la moral administrativa. Sin embargo, existen múltiples casos en los que se puede vulnerar la moral administrativa sin menoscabo al patrimonio público.

A continuación, se presentan algunos casos en los que el Consejo de Estado ha establecido la conexidad existente entre la moralidad administrativa y el patrimonio público.

Esta relación se puede ver claramente en un fallo del Consejo de Estado⁹⁸, en el que los actores populares demandaban la presunta violación de los derechos colectivos al patrimonio público y la moralidad administrativa por parte del Alcalde de Sandová, en tanto no desarrolló las actividades establecidas en el Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado Rural, aprobado por el Concejo Municipal en el presupuesto correspondiente a la vigencia fiscal de 1999 sino que, por el contrario, imputó gastos a dicha partida que, aparentemente, no tenían relación con la misma.

En este caso, la decisión del Tribunal estaba dirigida a denegar las pretensiones de los actores populares, argumentando por una parte que las pretensiones no eran claras y, por otra, que lejos de ser de obligatoria ejecución, el plan del que se trataba la acción tenía un carácter no vinculante. La decisión del Consejo de Estado fue revocar la sentencia del Tribunal, amparando así el derecho colectivo a la moralidad administrativa. Para hacerlo, argumentó que la pretensión sí era clara y que consistía en cuestionar el hecho de que el Alcalde hubiera imputado contratos cuyo objeto no tenía relación alguna con la partida a la que se imputaba, partida presupuestal que, aunque se encontrara aprobada en el presupuesto municipal, no había sido ejecutada por la administración.

En este caso, el análisis que hace el Consejo de Estado se basa en el detrimento patrimonial y la inadecuada ejecución de los recursos. Es así como se infiere que para este Alto Tribunal existe una estrecha relación entre estos dos derechos. Esta sentencia toma el patrimonio público como eje central para dar una definición de moralidad administrativa: *“la moralidad administrativa entre otros, persigue el manejo adecuado del erario público y en general que los funcionarios públicos asuman un comportamiento ético frente al mismo, pues los servidores públicos*

⁹⁸ Consejo de Estado, Sección cuarta. Sentencia del 20 de abril de 2001. C.P. ORTIZ BARBOSA, María Inés. Radicación: AP 52001 23 31 000 2000 0121 01.

*pueden incurrir en conductas que la generalidad tacharía de inmorales, o en otras que podrían ser sancionadas disciplinaria o penalmente*⁹⁹

Otro caso en el que el Consejo de Estado muestra de manera evidente la relación entre los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, es en la sentencia del 28 de junio de 2002¹⁰⁰. En este caso, se estudió la acción popular que se inició contra la Empresa de Energía del Pacífico, el Municipio de Palmira y la Corporación Autónoma Regional del Valle, cuyas pretensiones fueron denegadas por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

La acción popular que se interpuso tuvo como fundamento de hecho del incumplimiento de la Empresa de Energía del Pacífico de la normativa que establece que cuando la potencia nominal instalada para la generación de energía hidroeléctrica supera los 10.000 kilovatios, las empresas generadoras están obligadas a transferir el 6% de las ventas brutas de energía por generación propia a la Alcaldía municipal y la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, cobrando la tarifa que señale la Comisión de Regulación de Energía y Gas. Los derechos invocados por los actores populares fueron los de moralidad administrativa y patrimonio público, presuntamente vulnerados por parte de la Empresa de Energía del Pacífico.

Adicionalmente, los actores argumentaban actitudes omisivas de los funcionarios de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca y del Municipio de Palmira que permitieron a la Empresa de Energía del Pacífico evadir sus obligaciones pecuniarias.

⁹⁹ Consejo de Estado, Sección cuarta. Sentencia del 20 de abril de 2001. C.P. ORTIZ BARBOSA, María Inés. Radicación: AP 52001 23 31 000 2000 0121 01.

¹⁰⁰ Consejo de Estado. Sección quinta. Sentencia del 28 de junio de 2002. C.P. QUIÑONES PINILLA, Darío. Radicación: 76001 23 31 000 2001 2075 (AP 472).

En el análisis de este caso, el Consejo de Estado hace referencia a los argumentos que propuso el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca, y concluye que si bien la textura abierta del interés colectivo a la moralidad administrativa deja un amplio margen a la interpretación que haga el juez, éste debe guiarse por los parámetros de comportamiento ético que deben regir el ejercicio de las funciones administrativas y por los intereses generales de la comunidad.

En este caso, el alto tribunal de lo contencioso administrativo reitera que la acción u omisión podrían también provenir de un particular, para lo cual argumenta que el núcleo esencial de protección de la moralidad administrativa no está definido por la calidad del sujeto cuya acción u omisión se reprocha, sino por el contenido del bien jurídico que se protege¹⁰¹.

El Consejo de Estado termina por considerar que en este caso la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa se da tanto por la omisión de la Empresa de Energía del Pacífico, como por la omisión de la Alcaldía municipal y la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, ambas actitudes que contrarían la ética, por cuanto ninguno de los demandados observó el principio de diligencia en el manejo de los recursos públicos.

Para finalizar este apartado, cabe agregar que, el Consejo de Estado ha afirmado que no sólo es muy común que la moralidad administrativa se encuentre en conexidad con otros derechos, sino que, *“en todos los casos debe estar en conexidad con otros derechos o principios legales y constitucionales para que pueda ser objeto de una decisión jurídica”*¹⁰².

¹⁰¹ Consejo de Estado. Sección quinta. Sentencia del 28 de junio de 2002. C.P. QUIÑONES PINILLA, Darío. Radicación: 76001 23 31 000 2001 2075 (AP 472).

¹⁰² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-13001-23-31-000-2000-0005-01 de septiembre 6 de 2001, Rad. AP-13001-23-31-000-2000-0005-01, sep. 6/2001, Consejero Ponente. Jesús María Carrillo Ballesteros

2.7 POSIBILIDAD O NO DEL JUEZ DE DECRETAR LA NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS EN EL TRANCURSO DEL PROCESO DE UNA ACCIÓN POPULAR. LOS PODERES DEL JUEZ FRENTE AL ACTO ADMINISTRATIVO O CONTRATO ILEGAL DENTRO DE LA ACCIÓN POPULAR

En relación con este tema, y con referencia a los actos administrativos específicamente, la sentencia del Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, del 6 de octubre de 2005 hace alusión a dos de las posiciones que se han tomado frente al tema en los siguientes términos¹⁰³: *“La interpretación de las distintas secciones del Consejo de Estado sobre el alcance de las competencias del juez popular en punto de anulación de actos administrativos no ha sido uniforme¹⁰⁴, y sus diversos criterios pueden agruparse en dos grandes líneas jurisprudenciales.*

Una primera postura del Consejo de Estado, que podría calificarse de “restrictiva”, niega las atribuciones del juez popular para anular actos administrativos, sobre la base de la presunción de legalidad de los mismos y de la existencia de otros medios judiciales (contenciosos objetivo y subjetivo) creados justamente para enervar dicha presunción ante la jurisdicción contenciosa, o lo que es igual, la acción popular no está establecida para definir la legalidad de actos administrativos, en tanto no se pueden controvertir por cuanto pueden ser atacados mediante acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, a través de las cuales los interesados pueden alegar y demostrar que con la expedición de los actos impugnados la administración violó normas de orden superior a las que debía sujetarse.¹⁰⁵

¹⁰³ Sentencia AP-1588 de octubre de 2005. Esta es otra sentencia en la que se evidencian las contradicciones en las que incurrió el Consejo de Estado en esta materia.

¹⁰⁴ Cfr. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier E. La presunción de legalidad de los actos administrativos y de validez de los contratos estatales en las acciones populares, Instituto Antioqueño de responsabilidad civil y del Estado, octubre de 2001.

¹⁰⁵ Criterio adoptado inicialmente por la Sección Primera al señalar: “...la posibilidad de ocurrencia de la restricción en el suministro del servicio domiciliario de energía a los usuarios por causa de un programa de limitación, no es una situación que pueda considerarse como amenaza al derecho colectivo invocado por el actor, de acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, atendiendo el artículo 4º, literal j) de la Ley 472 de 1998, por cuanto es una posibilidad que depende de la realización de los supuestos fácticos descritos en la norma para que se den sus consecuencias jurídicas, como ocurre con toda norma de carácter general. Lo contrario equivaldría a deducir el peligro o la amenaza de la norma misma, esto es, de la regulación sobre el punto prevista en las resoluciones citadas, situación que implicaría el cuestionamiento de dicha regulación a través de la acción popular, la cual es improcedente, tal como lo alegan las entidades apelantes, puesto que la acción adecuada para ello es la de nulidad que, por cierto, ya ha sido

De acuerdo con esta primera postura, el juez popular no puede anular un acto administrativo, ya que esto sería el objeto propio de las acciones de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho¹⁰⁶.

intentada contra dichas resoluciones. Es así como respecto de la Resolución núm. 116 de 1998 se adelantó un proceso radicado bajo el número 5920, resuelto mediante sentencia de 17 de agosto de 2000, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda y contra la Resolución núm. 070 de 1999, atacada en su artículo 6º, que se ocupa precisamente de la limitación en caso de posesión por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se tramitó el proceso radicado con el núm. 6309, el cual culminó con el fallo de 8 de noviembre del año en curso, también en el sentido de negar las pretensiones de la demanda.” CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de 6 de diciembre de 2001, Radicación número: 07001-23-31-000-2001-0002-01(AP-282), Actor: Adalberto Enrique Jaimes Ochoa, C. P. Manuel Santiago Urueta Ayola. Esta concepción jurisprudencial también se encuentra consignada, entre otras, en las siguientes providencias CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA SUBSECCION “B” Sentencia de febrero 17 de 2000, Radicación número: AP- 013, Actor: José Gregorio Granados Hernández, Demandado: Gobernador Norte de Santander; CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, Sentencia de 31 de marzo de 2000, Exp. AP 005, Actor: Francia Banda y otros, C.P. Daniel Manrique Guzmán; SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “A”, Sentencia de 18 de mayo de 2000, Exp. AP 036, Actor: Asociación Biobosque, Demandado: Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, Departamento del Medio Ambiente y la Curaduría Urbana No. 2, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda; SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 18 de mayo de 2000, Exp. AP 038, Actor: Presidentes Juntas de Acción Comunal El Chamizo, Yarumales y Obando (Cauca), C.P. Jesús María Carrillo; SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “B”, Sentencia de 1 de junio de 2000, Exp. AP 047, Actor: Red de veeduría ciudadana de Cartagena de Indias, Demandado: Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, C.P. Carlos A. Orjuela Góngora; SECCION PRIMERA Sentencia de 6 de julio de 2001, Radicación número: AP-123, Actor: Red Ver, Demandado: ETB, C.P. Camilo Arciniegas Andrade; SECCIÓN CUARTA, Sentencia de 19 de julio de 2001, Radicación número: 68001-23-15-000-2000-1684-01(AP-085), Actor: Defensoría del Pueblo-Regional Santander, C.P. Ligia López Díaz; SECCION CUARTA, Auto de octubre 5 de 2001, Radicación número: 25000-23-26-000-2000-0257-01(AP), Actor: Cooperativa especializada de educación barrio Carvajal Ltda., C.P. María Inés Ortiz Barbosa; SECCIÓN CUARTA, Sentencia de 3 de diciembre de 2001, Radicación número: AP-102, Actor: Mauricio Iván Torres Munevar, Demandado: Instituto Departamental de Tránsito y Transportes del Meta, C.P. Ligia López Díaz; SECCIÓN QUINTA, Sentencia de 13 de septiembre de 2002, Actor: Dorance Cure, Exp. AP 575, C.P. Darío Quiñones; SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 2 de octubre de 2002, Radicación número: 66001-23-31-000-2000-0744-02, Actor: Juan José Baena Restrepo y Otro, Referencia: AP – 0744 (Número interno: 612), C.P. María Elena Giraldo Gómez; SECCIÓN QUINTA, Sentencia de 24 de julio de 2.003, Radicación número: 73001-23-31-000-2002-0636-01, Actor: Jorge Enrique Hernández Acosta, Referencia: Radicado interno número 606, C. P. Denise Duviau de Puerta. Criterio que encuentra respaldo en un sector de nuestra doctrina: TAMAYO JARAMILLO, Javier, Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil, Editorial Diké, Medellín, 1ª edición, 2001, p. 111 y ss.

¹⁰⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, Auto del 24 de mayo de 2001, Exp. AP 076, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero. Pero esta postura no es uniforme al interior de las providencias expedidas por esta sección.

Es también el criterio de algunas de las providencias de la Sección Cuarta. Vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Auto de 30 de mayo de 2002, Exp. AP 0106; Sentencia de 16 de agosto de 2002, Exp. AP 1768.

Cabe agregar en este punto que, esta tesis restrictiva también se da en materia contractual. Esto es, se argumenta que el juez popular no está facultado para anular contratos en el proceso de una acción popular, toda vez que para ello ya existe una acción contencioso administrativa determinada, cual es la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo¹⁰⁷, y en esta medida, correspondería al juez natural conocer de dicho asunto¹⁰⁸. En esta primera línea, el Consejo de Estado ubica a varios tratadistas, encabezando la lista, Javier Tamayo, quien plantea lo siguiente:

Puede suceder que el origen del alegado daño real o contingente a un interés o derecho colectivo se encuentre en la existencia misma de un contrato o de un acto administrativo, en cuyo caso, la única forma de lograr la supresión del daño permanente o potencial será destruyendo o aniquilando el acto o contrato.

En nuestro concepto, la acción popular no es procedente en semejantes circunstancias y solo acudiendo a las vías especiales consagradas expresamente en la ley, será posible destruir el acto o contrato. Por lo menos, así se desprende del texto de la Ley 472. Ya anulado o desaparecido el acto o contrato, sería procedente la acción popular¹⁰⁹

En contraste, una segunda tendencia jurisprudencial, que podría denominarse “amplia”, encuentra que el juez de la acción popular está dotado de competencia para anular el acto administrativo, cuando quiera que éste viole un derecho colectivo, o lo que es igual, permite atacar el acto administrativo mediante acciones populares, logrando incluso su nulidad, aunque no siempre se haya expuesto explícitamente.”¹¹⁰

¹⁰⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 23 de marzo de 2000, Exp. AP 025, C.P. Carlos Arturo Orjuela; Subsección A, Sentencia de 25 de enero de 2001, Exp. AP 156, C.P. Jesús María Lemos B.; Sentencia de 5 de julio de 2001, AP 068 C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda y Sentencia de 4 de abril de 2002, AP 897.

¹⁰⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 3 de abril de 2001, Exp. AP 0089.

¹⁰⁹ Tamayo Jaramillo, Javier. Acciones populares. Op. Cit. pp. 111 y 112.

¹¹⁰ La Sección Primera ha indicado siguiendo este criterio, que “la acción popular puede ejercerse respecto de actos administrativos y contratos estatales en la medida en que su existencia o ejecución implique un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, y por lo tanto con el único fin de evitar el primero o hacer cesar los segundos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, de suerte que sólo en esas

Esta segunda línea planteada por el Consejo de Estado está conformada por todas aquellas sentencias que aceptan la procedibilidad de la revisión de la legalidad del acto administrativo por parte del juez popular cuandoquiera que éste

circunstancias, esto es, cuando se vulnere o amenace un derecho colectivo y con el exclusivo fin de procurar su protección, es posible que en virtud de dicha acción se examine uno cualquiera de esos actos o la viabilidad o condiciones de su ejecución, sin que ello signifique que la misma sustituya, desplace o derogue las acciones contencioso administrativas previstas como mecanismos normales para el control de legalidad de los mismos, de suerte que el uso de la acción popular a esos fines es excepcional y restrictiva”: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de 5 de febrero de 2004, Radicación número: 70001-23-31-000-2002-00874-01(AP), Actor: Darío Alvis Gonzalez, C. P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, en idéntico sentido SECCIÓN PRIMERA Sentencia de 19 de febrero de 2004, Radicación núm.: 52001 2331 000 2002 00559 01, Actor: Luis Carlos España Gomez, C. P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta. Vid. SECCIÓN CUARTA, Sentencia de 7 de abril de 2000, Exp. AP 026, Actor Edison Alberto Pedreros Buitrago, Demandado: Banco de la República C.P. Julio E. Correa Restrepo; SECCIÓN CUARTA, Sentencia de 14 de abril de 2000, Exp. AP 028; Actor: Eliécer Muñoz, C.P. Delio Gómez Leyva; SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de 9 de noviembre de 2000, Exp. AP 119, Actor: Carlos Trujillo Solarte y otros, C. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SECCIÓN PRIMERA, Auto de 1 de febrero de 2001, Exp. AP.-148, Actor: Fundación para la defensa del Interés Público “Fundepublico”, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SECCIÓN QUINTA, Sentencia de 9 de noviembre de 2001, Exp. AP 194, Actor: Rodolfo Puentes Suárez y otros, C.P. Darío Quiñones; SECCIÓN QUINTA, Sentencia de 28 de febrero de 2002, Radicación número: 13001-23-31-000-2000-9004-01(AP-342), Actor: Jorge Piedrahita Aduen, Demandado: Distrito de Cartagena de Indias, C.P. Roberto Medina López; SECCION TERCERA Sentencia de marzo 21 de 2002, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-9093-01(AP-285), Actor: Julio César García Vásquez y otro, Demandado: Codensa y otros, C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros; , Auto de 16 de junio de 2003, REF. Expediente No.250002326000 2002 0249 01, Actor: Corporación Cámara de Televisión Comunicación y Recreación, Demandado Registraduría Nacional del Estado Civil y Ministerio de Comunicaciones, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié; SECCIÓN CUARTA, Sentencia de 28 de agosto de 2003, Radicación número: 25000-23-24-000-2002-90178-01(AP-90178), Actor: Carlos German Farfán Patiño, Demandado: Caja de Compensación Familiar –Compensar, C. P. Ligia López Díaz; SECCIÓN TERCERA Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Radicación número: 25000-23-27-000-2002-02693-01, Actor: John Freddy Bustos Lombana, Referencia: AP – 02693, C.P. María Elena Giraldo Gómez; SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 9 de septiembre de 2004, Exp. AP 571, Actor: Mario Efrén Sarmiento y otros, C.P. María Elena Giraldo Gómez; SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 2 de junio de 2005, Radicación número: 76001-23-31-000-2004-00454-01, Actores: Integrantes de la Organización Cabildo Interdisciplinario del Medio Ambiente, Referencia: AP – 00454, C.P. María Elena Giraldo Gómez; SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 27 de julio de 2005, Radicación número: AP–250002325000200400787 01, Actor: Heli Bocanegra y otros, Demandando: Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y otros, C. P. Alier E. Hernández Enríquez. Algunos autores respaldan esta postura: HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier E. La presunción de legalidad de los actos administrativos y de validez de los contratos estatales en las acciones populares, Instituto Antioqueño de responsabilidad civil y del Estado, octubre de 2001; BEJARANO GUZMÁN, Ramiro, Procesos declarativos, tercera edición, Temis, Bogotá, 2005, p. 182; BOTERO ARISTIZABAL, Luis Felipe, Acción popular y nulidad de actos administrativos, Serie LEX Nova, Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Ed. Legis, Bogotá, primera edición, 2004, p. 85 y ss.

amenace algún derecho colectivo; resultando procedente, precisamente, por el carácter principal y no subsidiario de la acción. Cabe agregar que esta segunda posición también aplica a los contratos¹¹¹.

¹¹¹ Al Respecto, el Consejo de Estado, sentencia AP-1588, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá D.C. Octubre 5 de 2005, dice: Es el criterio de otro grupo de providencias de la Sección Primera, que sin ocuparse de teorizar al respecto entró a evaluar la legalidad de los contratos acusados vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 25 de enero de 2001, Exp. AP 158, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sentencia de 3 de mayo de 2002, Exp. AP 0308; Sentencia de 30 de noviembre de 2000, Exp. AP 115. En providencia de 19 de febrero de 2004, Exp. 20020055901, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta La Sección Primera fue explícita al señalar que "... la acción popular puede ejercerse respecto de actos administrativos y contratos estatales en la medida en que su existencia o ejecución implique un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, y por lo tanto con el único fin de evitar el primero o hacer cesar los segundos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, de suerte que solo en esas circunstancias, esto es, cuando se vulnera o amenaza un derecho colectivo y con el exclusivo fin de procurar su protección, es posible que en virtud de dicha acción se examine uno cualquiera de esos actos o la viabilidad o condiciones de su ejecución, sin que ello signifique que la misma sustituya, desplace o derogue las acciones contencioso administrativas previstas como mecanismos normales para el control de legalidad de los mismos, de suerte que el uso de la acción popular a esos fines es excepcional y restrictiva".

La Sección Tercera desde un comienzo admitió la procedencia de la acción popular frente a contratos estatales, al encontrar determinado que no se trata de un instrumento procesal subsidiario. Aunque en un comienzo pareció negarlo desde el punto de vista conceptual (C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, Sent. sep. 6/2001, Exp. AP 057, C.P. Jesús María Carrillo), en ocasiones ha reconocido su procedencia aunque no se haya ocupado de analizar la legalidad de los contratos atacados en la práctica ha terminado por suspender el contrato estatal (Sent. jun. 17/2001, Exp. AP 166, C.P. Alier E. Hernández Enríquez), mientras que en otras oportunidades ha admitido la posibilidad de decretar la nulidad de un contrato o un acto administrativo que afecte gravemente el disfrute y ejercicio de un derecho colectivo (Sent. ago. 23/2001, Exp. AP 1136 y Sent. mar. 21/2002, Exp. AP 285, C.P. Jesús María Carrillo). De modo que "[a] partir de tal aceptación, la preocupación de esta Sala parece estar más encaminada a trazar los límites entre la acción contractual y la acción popular...mostrando preocupación por evitar fallos contradictorios" (Hernández, Alier, Las acciones...op. cit.), vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 26 de septiembre de 2002, Exp. AP 612, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Sentencia de 31 de octubre de 2002, AP 518, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Sentencia de 26 de septiembre de 2002, AP 537, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

La Sección Cuarta en Sentencia de 31 de mayo de 2002, Exp. AP 300, C.P. Ligia López Díaz revisó la legalidad de una conciliación: "el fallo...al parecer, entendió el asunto como de naturaleza contractual y aceptó que la acción popular procede en su contra" (Hernández, Alier, Las acciones...op. cit.). En sentencia de 10 de julio de 2002, Exp. AP 0465, la misma sección avocó el conocimiento en sede popular del dominio.co. Por auto de 12 de mayo de 2003, Exp. 1300123310002003-90011-01 la misma Sala revocó la decisión del A Quo que rechazó una acción popular por estimar que las pretensiones que discuten la validez de un contrato no son susceptibles de estudio en sede popular.

La Sección Quinta también admitió en su momento la procedencia de la acción popular en tanto se acredite la vulneración del derecho colectivo invocado e incluso ordenó la suspensión del contrato o anuló las estipulaciones de algunas cláusulas por ser contraria a los valores que tutelan la moral administrativa: vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

Más adelante, en sentencia del 21 de Febrero de 2007, el Consejo de Estado retoma estas dos posturas, agregando dos más. En este sentido, indica que frente a la posibilidad de anular un acto administrativo o contrato en un trámite de acción popular, se encuentran diversas posiciones: 1) La tesis restrictiva, 2) La tesis amplia, 3) La tesis intermedia y 4) La tesis de criterio finalístico¹¹².

Las tesis restrictiva y amplia fueron expuestas con anterioridad. La tesis intermedia, por su parte, defiende la procedencia de la acción pero, al mismo tiempo, considera que la anulación del acto administrativo o contrato sólo es competencia del juez de la acción ordinaria, por lo que considera que es viable suspender los efectos del acto o contrato, hasta que se tome una decisión definitiva en sede de la acción contencioso administrativa que corresponda¹¹³.

En relación con esta tesis, en sentencia AP-1588 del Consejo de Estado se dice:

(...) En el caso de los contratos, la acción popular es procedente, solo para conjurar el daño contingente, siempre y cuando la medida preventiva no conlleve adoptar decisiones que sean del resorte del juez del contrato en ejercicio de la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, sino únicamente las que tengan relación directa con la amenaza del daño colectivo. **A manera de ejemplo, es factible una acción popular para obligar a un contratista a restituir el tránsito de una carretera deteriorada por la ejecución de una obra cuando quiera que esta circunstancia origine una amenaza a un derecho colectivo.** Al igual, creemos que el juez de la acción popular si observa vicios de ilegalidad en la celebración del contrato, deberá señalarle al demandante que existe el camino de las acciones contenciosas.

Sentencia 1 de febrero de 2001, Exp. AP 151, C.P. Darío Quiñones P.; Sentencia de 12 de febrero de 2001, Exp. AP 008; Sentencia de 24 de agosto de 2001, Exp. AP 100, C.P. Darío Quiñones; Sentencia de 19 de julio de 2002, Exp. AP 098; Sentencia de 4 de septiembre de 2003, Exp. AP 435, C.P. Reinaldo Chavarro; Sentencia de 29 de mayo de 2003, Exp. AP 2599, C.P. Reinaldo Chavarro.

¹¹² Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia del 21 de febrero de 2007. C. P. Enrique Gil Botero, radicación: 25000-23-25-000-2005-00355-01.

¹¹³ Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia del 21 de febrero de 2007. C. P. Enrique Gil Botero, radicación: 25000-23-25-000-2005-00355-01.

La posibilidad de suspensión de la ejecución de un acto administrativo o de un contrato mediante la herramienta de la acción popular, a nuestro juicio deviene porque el juez no está facultado para negar esta acción aduciendo que existe otro medio de defensa judicial, basta únicamente que advierta la violación del derecho colectivo para que proceda a decidir de fondo el asunto¹¹⁴ (negrillas originales).

Por último, la tesis con criterio finalístico *“admite la acción pero teniendo en cuenta la finalidad que persiga el actor, de tal suerte que sólo puede anularse el acto administrativo que amenace o transgreda el derecho colectivo, siendo improcedente cuando se trata de un estudio de legalidad, propio de las acciones contencioso administrativas, en las que se enerva las presunciones del acto administrativo bajo el límite de la jurisdicción rogada”*¹¹⁵.

Es preciso hacer referencia al análisis que hizo el Consejo de Estado en la sentencia del 6 de octubre de 2005¹¹⁶ al definir su posición respecto a las diferentes tesis expuestas previamente, partiendo de una interpretación exegética de las normas de la Ley 472 relativas a éste tema. En este sentido, establece que, si bien la norma -en sus artículos 9, 10, 15 y 18 ordinal b)- es clara respecto a la procedencia de las acciones populares frente a aquellos actos administrativos que amenacen o vulneren derechos colectivos, no es tan clara en cuanto a la facultad que tiene el juez de anularlos. La Sala llega a esta conclusión ya que la regla de competencia, contenida en el artículo 34 de la Ley citada le permite al juez tomar sólo tres tipos de medidas, dentro de las cuales no se encuentra la facultad anulatoria, estableciendo lo siguiente:

La sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la

¹¹⁴ ORDÓÑEZ MALDONADO, Alejandro. Op. Cit. pp. 161 y 162

¹¹⁵ Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia del 21 de febrero de 2007. C. P. Enrique Gil Botero, radicación: 25000-23-25-000-2005-00355-01.

¹¹⁶ Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio.

realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o interés colectivo, cuando fuere físicamente posible.

Según la citada sentencia, esto, sumado a la aplicación del principio de legalidad que ha de informar los poderes del juez, como servidor público dentro del Estado Social de Derecho, consagrado desde la Carta Constitucional, obliga a llegar a la conclusión según la cual el juez no tiene competencia para declarar la nulidad de un acto administrativo. Adicionalmente, se dice que es preciso recordar que tanto las acciones constitucionales como las legales parten de unos límites precisos, señalados desde su creación como figuras jurídicas, que deben ser respetados a la hora de ser ejercidas.

No obstante el citado análisis, el Consejo de Estado¹¹⁷ afirma que, a pesar de no tener la competencia para anular los actos administrativos, el juez que conoce de esta acción de orden constitucional, puede entrar a revisar su constitucionalidad, especialmente cuando la vulneración o amenaza del derecho colectivo que se acusa proviene de la ilegalidad del acto, ordenando entonces la suspensión de los efectos del mismo, no así su nulidad. De esta manera estaría dando órdenes concretas y personales, no sería una declaración dirigida a la universalidad con efectos generales.

En este sentido, El Consejo de Estado en sentencia del 21 de febrero de 2007. C. P. Enrique Gil Botero, radicación: 25000-23-25-000-2005-00355-01 (Sección Tercera), afirmó que *“la acción popular frente al acto administrativo no es supletiva de las acciones ordinarias contra la legalidad del acto”*.

El Consejo de Estado, en sentencia del 21 de febrero de 2007, considera que es viable que en sede de una acción popular se estudie y analice el marco normativo

¹¹⁷ Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá D.C., seis (6) de Octubre de dos mil cinco (2005), Radicación número: AP-13001-23-31-000-2002-00135-01

que sustenta el acto administrativo; no obstante, a su juicio, ello no podría implicar la realización del cotejo que de manera necesaria se hace en las acciones que atacan la legalidad del acto administrativo. Lo anterior, en razón a que el juez popular tiene una competencia que se ciñe a la protección de los derechos e intereses colectivos, a fin de evitar un posible daño, o terminar con la vulneración o puesta en peligro de los mismos, o a fin de restituir las cosas a su estado anterior, cuando ello fuere posible¹¹⁸.

Señala el Consejo de Estado que:

No puede perderse de vista que la finalidad de las acciones ordinarias de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, y la que se predica de la acción popular contra el acto administrativo, son distintas, en la forma y condiciones como la ley las ha definido. Así, las acciones ordinarias contra la legalidad del acto administrativo encuentran fundamento en el restablecimiento del ordenamiento jurídico general y abstracto, o de un derecho amparado por una norma jurídica, en cambio, la acción popular debe su razón teleológica a la protección y restablecimiento de los derechos colectivos, de ahí que la acción popular no sea supletiva de ninguna otra, y menos que se trate de una acción judicial a utilizar, con el convencimiento de que como su trámite es preferente y goza de prelación, no se debe esperar el tiempo procesal propio de una acción ordinaria, ni tampoco para que su ejercicio se tenga como una segunda opción, por si no prosperan las pretensiones de la acción ordinaria contra el acto administrativo o por si operó la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho¹¹⁹.

En sentencia del 6 de octubre de 2005¹²⁰, el Consejo de Estado cita la Gaceta del Congreso del miércoles 28 de mayo de 1997, en la cual se habla expresamente de la imposibilidad de revocar un acto administrativo por vías de acción popular:

Aspectos coincidentes entre la ponencia que se presenta a la Plenaria del Senado y la ponencia aprobada por la Plenaria de la honorable Cámara de

¹¹⁸ Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia del 21 de febrero de 2007. C. P. Enrique Gil Botero, radicación: 25000-23-25-000-2005-00355-01.

¹¹⁹ Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia del 21 de febrero de 2007. C. P. Enrique Gil Botero, radicación: 25000-23-25-000-2005-00355-01.

¹²⁰ Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá D.C., seis (6) de Octubre de dos mil cinco (2005), Radicación número: AP-13001-23-31-000-2002-00135-01

Representantes (...) Contenido de la sentencia en acciones populares: Se vuelve al texto de la honorable Cámara de Representantes al eliminar las posibilidades de solicitar el cumplimiento o la revocación de un acto administrativo por vías de acción popular (artículo 36.)¹²¹ (subrayas fuera de texto original)

Sin embargo, hay quienes difieren de lo que se estableció anteriormente, como la Doctora María Elena Giraldo Gómez, en opinión de quien sí es posible la anulación de actos administrativos en acciones populares, con fundamento jurídico en la Ley 472 de 1998¹²², específicamente en el inciso segundo del artículo 2°, que establece: *“Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o **restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible**”*.

Por otra parte, y entrando al análisis de la posibilidad de revisar la legalidad de los contratos estatales en sede de una acción popular, cabe mencionar la exposición del Magistrado Alier E. Hernandez Enriquez, en el Auto del 24 de Mayo de 2001¹²³, en el que se sostuvo lo siguiente:

Pero, la Ley 472 de 1998 no contempla como razón para su improcedencia, (...) la existencia de otros medios judiciales de defensa, a través de los cuales también se puedan hacer efectivos los derechos conculcados.

Por el contrario, del texto de las normas transcritas se desprende que el derecho o interés colectivo puede ser quebrantado por actos, acciones u omisiones de la entidad pública o del particular que desempeñe funciones administrativas, lo que significa que es al resolver la controversia cuando el juzgador deba (sic) pronunciarse sobre la legalidad de esos actos, acciones u omisiones.

¹²¹ GACETA DEL CONGRESO No. 167, Año VI, miércoles 28 de mayo de 1997, p. 3 y 7, Senador Ponente Héctor Helí Rojas J.

¹²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Salvamento Parcial de voto de la Doctora María Elena Giraldo Gómez a la sentencia de 6 de octubre de 2005 Consejera Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacios, Radicación 13001-23-31-000-2002-00135-01, expediente AP 00135

¹²³ La providencia revoca el rechazo de una acción popular que pretendía dejar sin efectos un contrato de compraventa de un inmueble por un precio que, a juicio del actor, era excesivo. Expediente AP 076

El hecho de que la mencionada actividad de la administración también pueda ser objeto de enjuiciamiento a través de otras acciones, no implica que deba acudirse necesariamente al ejercicio de las mismas pues, estando de por medio un interés o derecho colectivo, también es viable el ejercicio de la acción popular.

El Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo¹²⁴, ha aceptado la procedencia de la revisión de la legalidad de un contrato estatal al amparo de la acción popular, “cuando de su celebración se desprende o deriva la afectación o puesta en peligro de algún derecho o interés colectivo”¹²⁵. Es así como el Consejo de Estado explica que, si bien la Ley 472 de 1998 no señala expresamente esta posibilidad, los contratos estatales son un instrumento mediante el cual se llevan a cabo inversiones por parte de servidores públicos, que bien podrían poner en peligro o violar algún derecho colectivo.¹²⁶

No obstante, surge una diferencia importante respecto de la acción contractual de nulidad absoluta, ya que ésta última únicamente puede ser intentada por las personas señaladas en la ley, esto es, debe ser propuesta por alguna persona legitimada (que tenga interés en el contrato), mientras que las acciones populares pueden ser intentadas por cualquier persona, o, incluso, ser declaradas de oficio por el juez, cuando ello sea necesario para proteger un derecho colectivo, y se cumplan los requisitos señalados en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo. Explica el Consejo de Estado en la sentencia del 23 de junio de 2005, que esta diferencia en cuanto a la legitimación surge como consecuencia de la pretensión. Así, la pretensión en una acción popular no atiende al contrato mismo, sino al derecho colectivo con él vulnerado o amenazado. En igual sentido, el hecho de que la acción popular pretenda la protección de estos derechos, implica una diferencia importante respecto de la acción de tutela, ya que ésta

¹²⁴ Sección Tercera, Consejero ponente Germán Rodríguez Villamizar, Bogotá D.C. veintitrés (23) de junio de dos mil cinco (2005), radicado 7600 1233 1000 2002 01694-01

¹²⁵ Sección Tercera, Consejero ponente Germán Rodríguez Villamizar, Bogotá D.C. veintitrés (23) de junio de dos mil cinco (2005), radicado 7600 1233 1000 2002 01694-01

¹²⁶ Sección Tercera, Consejero ponente Germán Rodríguez Villamizar, Bogotá D.C. veintitrés (23) de junio de dos mil cinco (2005), radicado 7600 1233 1000 2002 01694-01

última opera a falta de otro medio idóneo para la protección de los derechos vulnerados, es decir, es una acción supletiva. Por el contrario, la acción popular, por ser una acción ejercida en beneficio de una colectividad, opera aun cuando existan otros medios de defensa judicial que puedan asegurar idéntico fin.

Igual criterio asume el Consejo de Estado, hablando de la posibilidad de revisar la validez de un contrato en sede de una acción popular, en sentencia del 24 de octubre de 2005¹²⁷, en la cual también se afirma que el artículo 40 de la Ley 472 de 1998 prevé la posibilidad de que esta acción proceda frente a contratos incluso *“para examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o incluso declarar su nulidad, siempre y cuando se trate de nulidad absoluta”*. Es decir, acepta la posibilidad de revisar la validez de un contrato, aunque adiciona otro criterio de análisis: que se trate de nulidad absoluta.

Es preciso en este punto del análisis, hacer referencia a la sentencia C-088-00, en la que se examinó la constitucionalidad del artículo 40 de la Ley 472 de 1998. En esta sentencia, la Corte Constitucional estableció que las acciones populares están instituidas para proteger los derechos colectivos frente a las entidades públicas, y que, en este sentido, procedía la revisión de los contratos estatales cuando estos amenacen o vulneren los derechos colectivos. No obstante, se dice, no se trata del debate y decisión de cuestiones contractuales en el contexto de las acciones populares, ya que estas corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa, conforme al estatuto contractual de la administración y al código respectivo.

Frente a esta afirmación, que pareciera excluir el análisis de cualquier controversia contractual en el ámbito de una acción popular, la mayoría de las Secciones del Consejo de Estado, en la mayor parte de sus sentencias han guardado silencio. Sin embargo, la sección tercera, ha concluido que esta afirmación de la Corte

¹²⁷ Expediente AP-01588

Constitucional no es vinculante por cuanto no constituye la ratio decidendi de la sentencia¹²⁸.

Vale la pena resaltar la argumentación del Magistrado del Consejo de Estado Alier E. Hernandez Enriquez, en salvamento de voto a la sentencia del 24 de Octubre de 2005, frente a la interpretación de la Corte Constitucional¹²⁹; señala que el entendimiento de tal párrafo de la sentencia C-088 de 2000, pudiera ser otro: en primer lugar que las acciones populares fueron establecidas para la protección de los derechos colectivos, frente a la actividad de entidades públicas, dentro de las cuales podemos encontrar los contratos estatales cuando de ellos se derive una vulneración a los derechos colectivos; en segundo lugar, que las acciones populares conservan su independencia frente a las acciones contractuales, razón por la cual la Corte Constitucional determinó que una y otra acción conservan su propia autonomía.

En estos términos la controversia que suscita una acción contractual típica se distingue claramente de aquella que surge de una acción popular en tanto el punto de partida de la primera es la controversia entre las partes y no la lesión o amenaza de un derecho colectivo, como ocurre con la segunda.

No obstante la divergencia de posiciones respecto al tema, es mayoritaria la posición según la cual sí es posible declarar la nulidad de un contrato estatal en sede de una acción popular, siempre y cuando se acredite vulneración de un derecho colectivo, y se trate de nulidad absoluta.

¹²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá D.C., veinticuatro (24) de Octubre de dos mil cinco (2005), expediente AP-01588. Salvamento de voto Magistrado Alier E. Hernandez Enriquez.

¹²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá D.C., veinticuatro (24) de Octubre de dos mil cinco (2005), expediente AP-01588. Salvamento de voto Magistrado Alier E. Hernandez Enriquez.

En este sentido, el Consejo de Estado, después de estudiar el tema, explica de una manera clara el desarrollo del tema en la jurisprudencia colombiana:

A pesar de que el tema, procedencia de la acción popular contra contratos estatales no fue pacífico en sus inicios, dada la existencia de tesis encontradas en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la primera que sostenía su improcedencia por existir la acción contractual, y la segunda que aceptaba su procedencia para determinar la vulneración de un derecho colectivo, dado el carácter principal de la acción popular, a partir del momento, en que la Sección Tercera del Consejo de Estado asumió en forma exclusiva el conocimiento de las acciones populares originadas en contratos estatales, se ha superado este problema jurídico acogiendo la segunda tesis, es decir, se ha aceptado que por vía de acción popular se puede discutir la legalidad de los contratos estatales¹³⁰.

No obstante, si bien ha existido divergencia en los criterios aplicados al tema, desde que la Sección Tercera del Consejo de Estado asumió el conocimiento exclusivo de las acciones populares por violación del derecho colectivo, ha mantenido la coherencia con el planteamiento expresado en la segunda posición. Así, explica el Consejo de Estado que, *“en aras de la clara definición de la línea jurisprudencial vigente, se reitera que cuando quiera que otros jueces hayan avocado el conocimiento del contencioso contractual, el juez popular puede tomar medidas diferentes como es, vgr., la suspensión de la ejecución del contrato, hasta tanto se defina la legalidad en este último proceso”*¹³¹.

Hoy, la controversia ha sido solucionada por la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y que entrará a regir a partir de julio de 2012. Esta ley, en su artículo 144, regula la protección de los derechos e intereses colectivos en los siguientes términos:

¹³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-250002327000200401402 02 (acumulado con el 2004-01605), de marzo 5 de 2008, Magistrada Ponente Dra. Myriam Guerrero de Escobar

¹³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de octubre de 2002, Exp. AP 518, C.P. Ricardo Hoyos Duque, en el mismo sentido Sentencia de 26 de septiembre de 2002, Exp. AP 537, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, **sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o contrato**, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos”

Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda (negrilla fuera del texto).

Mientras la ley en mención entra en vigencia, se seguirá suscitando esta controversia, y estas posturas enfrentadas podrán dar a lugar a sentencias opuestas, aunque es posible que esta ley aún sin entrar en vigencia influya de manera importante en la posición que asuman los jueces en sus fallos.

2.8 INCENTIVO

Señalaba la Ley 472 de 1998 en sus artículos 39 y 40 (los cuales se encuentran actualmente derogados) lo siguiente:

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

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

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

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

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

El fundamento del incentivo se encontraba en la necesidad de impulsar al actor popular a promover los procesos dado que, si bien el actor tiene de su parte el derecho sustancial, éste no tiene un conflicto personal que resolver, y debe desplegar una serie de actividades que implican desgaste económico y moral durante el desarrollo de dicho proceso.

El Consejo de Estado¹³², en vigencia de los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, señaló en reiteradas oportunidades que el objeto de las acciones populares no era la obtención de beneficios pecuniarios, sino la protección de los derechos colectivos, tal y como fue establecido por la Corte Constitucional¹³³. Por lo tanto, a su juicio, lo que debía inspirar a los ciudadanos a interponerla era la solidaridad, es decir, aparecía como una compensación a la carga adicional que implica para aquellos interponer una acción en beneficio de la comunidad y no en el suyo propio¹³⁴.

¹³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 11 de mayo de 2006, expediente 25000-23-25-000-2004-00938-02(AP), C.P. Ruth Stella Correa Palacio

¹³³ Corte Constitucional, Sentencia C-215 de 14 de abril de 1999, M.P. Martha SÁCHICA de Moncaleano.

¹³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente AP-52001-23-31-000-2004-02180, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-7300-

Es importante anotar que según el Consejo de Estado, el incentivo consagrado en el artículo 39 la Ley 472 de 1998, procedía siempre y cuando se hubiera demostrado en el proceso que el demandado había amenazado o vulnerado el derecho colectivo invocado, y que gracias al actor popular se logró su protección. Pero adicionalmente, explicaba el Consejo de Estado, que el incentivo que establecía el artículo 40 de la misma ley, definía un requisito adicional para la procedencia del incentivo, y es que efectivamente se hubiera logrado la recuperación de un dinero perdido por la entidad pública, a causa de la vulneración de la moralidad administrativa¹³⁵.

El Consejo de Estado en Sentencia del 17 de Mayo de 2007¹³⁶, hizo una recopilación de los requisitos necesarios para la procedencia del reconocimiento del pago del incentivo a que tenía derecho el actor popular, en vigencia del artículo 40 de la Ley 472, en caso de haber sido la moralidad administrativa el derecho colectivo invocado:

- i) A la demostración de la existencia a la vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa.
- ii) Al logro de la protección a ese derecho colectivo, como consecuencia del ejercicio de la acción.
- iii) A que efectivamente, como consecuencia de la acción popular, la entidad pública recupere, en todo o en parte, la suma que había perdido como consecuencia de la vulneración a la moralidad administrativa.
- iv) A que el reconocimiento del incentivo haya sido dirigido a cargo de las personas naturales que atentaron o vulneraron el derecho o interés colectivo y no en contra de la entidad estatal afectada¹³⁷.

12-33-1000-2004-00966-01 de mayo 17 de 2007, Radicación AP-7300-12-33-1000-2004-00966-01, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., diecisiete de mayo de dos mil siete.

¹³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-7300-12-33-1000-2004-00966-01 de mayo 17 de 2007, Radicación AP-7300-12-33-1000-2004-00966-01, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., diecisiete de mayo de dos mil siete.

¹³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-7300-12-33-1000-2004-00966-01 de mayo 17 de 2007, Radicación AP-7300-12-33-1000-2004-00966-01, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., diecisiete de mayo de dos mil siete.

¹³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de mayo de 2006, expediente AP 25000-23-24-000-2004-00838-01, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Sin embargo, frente a este tema, y en vigencia de los artículos antes citados, surgieron algunas discusiones asociadas con la aplicación de estas normas, que merecen ser mencionadas. Una de estas debate la necesidad y conveniencia del incentivo económico para quienes presentaban y tramitaban la acción popular. Quienes se encontraban a favor del incentivo, invocaban el fundamento histórico del mismo, es decir, argumentaban que iniciar estas acciones no era obligatorio para los ciudadanos, por lo tanto, era necesario el incentivo, para promover la utilización de este mecanismo.

Por su parte, quienes estaban en contra del incentivo, indicaban que el mismo había distorsionado la figura, y que existía un grupo de personas que habían promovido de forma indiscriminada acciones populares, impulsado únicamente por el incentivo económico.

No obstante, es preciso hacer distinción entre el artículo 39 y el 40 antes mencionados, ya que en el primero se consagraba un incentivo que parecía adecuado para cumplir los fines para los cuales se diseñó. En este sentido, en el artículo 39 se consagraba un incentivo que el juez debía fijar entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos, para otorgarle al demandante en una acción popular, cuando esta se refiriera a cualquier derecho colectivo, con excepción de la moralidad administrativa. Sin embargo, resultaba diferente el incentivo en acciones populares relativas a la moral administrativa, ya que eran reguladas de manera específica por el artículo 40 de la Ley 472 de 1998, en el cual se consagraba un incentivo del 15% del valor que recuperara la entidad pública en razón de la acción popular. Respecto a este asunto en especial, es preciso mencionar que un número importante de las acciones populares relacionadas con la moralidad pública hace referencia a la celebración o ejecución de contratos, de los cuales es parte el Estado, casos en los cuales generalmente se involucran enormes recursos.

En este evento entonces el incentivo parecía más una recompensa que consagraba el legislador, y era pagada por el –o los- demandados, para aquellos que le permitían recuperar recursos afectados por violaciones a la moralidad administrativa. Todo lo cual, se consideraba que convertía el incentivo económico en un estímulo para la presentación indiscriminada de acciones populares, en la medida en que el monto del incentivo resultaba muy atractivo frente a las implicaciones y nivel de responsabilidad que comportaba la presentación de una acción popular.

Sería entonces conveniente revisar algunos temas referentes a estos artículos, entre los cuales podrían mencionarse: el monto del incentivo, casos en que procedía el incentivo, y diferentes montos del mismo cuando el proceso se terminaba en diversas etapas, y, claro está, la necesidad de participación activa del demandante durante el proceso como requisito para la obtención del incentivo. Dice la Corte Constitucional en sentencia C-459 de 2004: *“El incentivo económico es una manera de compensar la carga que asume el demandante, pues de no existir sería una carga desproporcionada para quien inicia la acción.”*

Frente a la conveniencia y necesidad del incentivo cuando el proceso terminaba mediante pacto de cumplimiento¹³⁸, el Consejo de Estado no adoptó una posición uniforme. Sin embargo, la tesis mayoritaria, sostenía que procedía el incentivo cuando se daba un pacto de cumplimiento; esta es una postura que podríamos llamar garantista, por cuanto decía que la ley no condicionaba el incentivo, ni lo excluía en los casos de pacto de cumplimiento. Quienes defendían esta postura en el Consejo de Estado, sostenían que el incentivo era un derecho del actor

¹³⁸ La audiencia de pacto de cumplimiento es una especie de audiencia de conciliación que el juez decreta de oficio, en la cual se escuchan las diversas posiciones sobre la acción instaurada, y cuya finalidad es que las partes se pongan de acuerdo o concilien voluntariamente sus diferencias, y se determine, mediante pacto, la forma de protección y el oportuno restablecimiento de las cosas a su estado anterior, de ser posible, configurándose así una terminación anticipada del proceso.

popular, y si se negaba, ello implicaba desestimular el pacto de cumplimiento como terminación anticipada del proceso.

En este sentido, el Consejo de Estado en sentencias AP-007 del 02 de diciembre de 1999 (Sección Tercera) y AP-047 del 01 de junio de 2000 (Sección Segunda), señalaron que el incentivo era un reconocimiento económico que se le hacía al actor popular por su labor diligente, y que el mismo cabía incluso cuando se hubiera terminado el proceso en pacto de cumplimiento.

Otro caso, sería el establecido en sentencia AP-098 (Sección Tercera), Consejero Ponente Alier Hernández Enríquez, en la cual se estableció que:

La obligación de pagar el mencionado incentivo no constituye por sí misma una condena, pero en todo caso, no consultaría la equidad obligar a alguien la realización de esa erogación por el sólo hecho de constituir la parte demandada en un proceso de acción popular. Así, quienes son vinculados a este tipo de procesos, sin haber sido siquiera agentes indirectos generadores del daño, deben salir libres de cualquier tipo de carga derivada del proceso, diferente de las que ellos mismos acepten en virtud de un pacto de cumplimiento, pues de lo contrario, todo demandado en acción popular soportaría, por el hecho de serlo y sin importar si participó o no en la causa del daño, el peso de pagar el incentivo en caso de que la acción logre la protección del interés colectivo.

Por otra parte, quienes defendían la tesis minoritaria en el Consejo de Estado, y se oponían a la necesidad y conveniencia del incentivo económico, argumentaban que la Constitución de 1991 establece el principio de solidaridad, según el cual el ciudadano debe defender los derechos colectivos cuando le sea posible. De acuerdo con este postulado, el ciudadano tenía unas cargas públicas que debía asumir, sin necesidad de contraprestación económica. Adicionalmente, planteaban que el incentivo había contribuido a desnaturalizar la acción popular, volviendo lo que era una acción ciudadana, un negocio. Es decir, el actor popular no debía moverse por motivos monetarios sino altruistas.

Dice el Consejo de Estado en sentencia del 24 de agosto de 2000 (Sección Segunda), Exp. AP-090, Ponente Dr. Carlos A. Orjuela Góngora, citada en la sentencia C-215 de 1999 de la Corte Constitucional:

En estas condiciones, aprobado el pacto de cumplimiento, que es una conciliación, sólo las obligaciones y derechos allí consignados serán los que pueden ser objeto de la sentencia mediante la cual se imparte aprobación al pacto, sin perjuicio de que el juez conserve competencia para vigilar su ejecución ... Observa la Sala que mientras el contenido de la sentencia que se profiere como consecuencia de un pacto de cumplimiento se limita a su aprobación, el incentivo sólo puede ser contemplado en el que se dicta como consecuencia de la terminación normal del proceso y al finalizar el incidente que liquida los perjuicios, procedimientos que no se adelantó en este caso. Si bien en la Ley 472 de 1998 en su artículo 39 prevé que el demandante en acción popular tendrá derecho a un incentivo que fijará el juez como parte de la indemnización, debe entenderse que cuando el proceso se ha terminado anormalmente mediante un "Pacto de Cumplimiento", no hay lugar a ello, puesto que todos los derechos derivados de la acción se entienden satisfechos en los términos en que queden conciliados y posteriormente aprobados (...)

Otro asunto al que se debe hacer referencia es a la procedencia del incentivo en el siguiente supuesto: la autoridad pública o el particular que con su acción u omisión amenazaban o vulneraban los derechos e intereses colectivos, a quien le han notificado de la demanda, procede a realizar las actuaciones administrativas pertinentes para salvaguardar tales derechos e intereses, de tal suerte que se entienda que no existe conducta alguna que le sea atribuible, debido a que no existe riesgo o peligro para la comunidad. En este sentido, ha dicho el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, Sección Primera, en sentencia del 29 de enero de 2009, Consejero Ponente Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta:

En el presente asunto se presentó superación del hecho que causó la vulneración de los derechos colectivos, circunstancia ésta que, aunque suponía que no se emitiera orden alguna para la protección de los mismos, no significaba que debiera haberse emitido sentencia denegatoria de las pretensiones de la demanda, pues ciertamente sí existió violación a los derechos colectivos invocados en la demanda y así debió haberse declarado.

Ahora, conforme se ha señalado por esta sección, en tratándose del hecho superado o de la carencia de objeto ocurridas en el curso del trámite de la acción popular, que fue lo que aconteció propiamente en este, aunque ya no será necesario ordenar la adopción de medidas para amparar los derechos e intereses colectivos – pues estas se implementaron en el desarrollo de la actuación procesal- sí, procede el reconocimiento del incentivo económico para el demandante, si se establece el restablecimiento del derecho colectivo amenazado o vulnerado se produjo con ocasión de la intervención del actor popular.

En conclusión, el incentivo económico era un mecanismo de promoción de las acciones populares para que las personas que en principio no tuvieran interés individual en la solución a la vulneración o amenaza, obtuvieran un reconocimiento al desgaste económico y moral que supone para ellos la interposición de una acción popular.

Respecto a este tema, es importante anotar que, conforme a lo establecido por la Corte Constitucional, el incentivo le correspondía asumirlo a las personas naturales que hubieren amenazado o vulnerado el derecho colectivo, ya que no sería lógico ni jurídico –según la Corte- que, con miras a proteger derechos o intereses vinculados a la actividad estatal, fuera el mismo Estado quien debiera soportar la erogación en caso de haberse demostrado la responsabilidad de un tercero. De esta forma, cada cual respondía por los efectos nocivos de su propia conducta¹³⁹. Ahora bien, el artículo 40 de la Ley 472 de 1998, al regular el incentivo en acciones populares sobre moralidad administrativa, disponía que: *“cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso”*.

Ante la aparente contradicción que surge, la Corte Constitucional explicó que

¹³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-459 de 2004. Concepto retomado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-7300-12-33-1000-2004-00966-01 de mayo 17 de 2007, Radicación AP-7300-12-33-1000-2004-00966-01, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., diecisiete de mayo de dos mil siete.

En el evento del artículo 40, siendo el Estado el afectado o 'víctima' del acto que afecta la moral administrativa, no puede además ser afectado con una disminución de lo que recupere, siendo lo razonable que el incentivo lo pague el autor o cómplice del detrimento patrimonial. Esta es la misma posición que en la interpretación y aplicación de esta norma ha hecho el honorable Consejo de Estado y que la Corte Constitucional ahora avala, como manifestación del denominado derecho viviente¹⁴⁰.

No obstante, el Magistrado Mauricio Fajardo Gómez, se distancia de la posición asumida por la Sala, y explica que, a su parecer, la norma contenida en el artículo 40 de la Ley 472 de 1998, no regulaba, precisaba, y ni siquiera mencionaba a quién correspondía pagar el incentivo¹⁴¹.

Al respecto, Enrique Gil Botero, en Aclaración de voto a la Sentencia AP-2005-00005 de junio 19 de 2008, estableció una tesis diferente. En este caso, la Sala negó el incentivo, por cuanto a pesar de haber recuperado un dinero perdido, no se vinculó a personas naturales que directamente hubieran atentado o vulnerado los derechos colectivos. Ante dicho planteamiento, el Magistrado aclara que, desde su punto de vista, se estaría atentando contra la lógica constitucional de la responsabilidad del Estado, que indica que la responsabilidad –frente al daño– no debe ser personal del agente, sino institucional, de manera que sea la entidad la que responda ante los afectados por los actos de sus funcionarios. Todo lo cual, desde su perspectiva, se fundamenta en el artículo 90 de la Constitución Política.

Adicionalmente, el magistrado Gil Botero, planteaba que, como lo estableció la Corte Constitucional, al pronunciarse acerca de la exequibilidad de los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998¹⁴², el esquema de las acciones populares debía combinar el deber de solidaridad que le atañe a las personas, junto con la potestad del Estado para estimular el ejercicio de aquellas para así lograr la preservación de bienes jurídicos con connotación social.

¹⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-459 de 2004.

¹⁴¹ Aclaración de voto, Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia C-459 de 2004, Corte Constitucional.

¹⁴² Sentencia C-459 de 2004

Frente al tema del incentivo, es necesario resaltar que el artículo 40 de la Ley 472 de 1998, además de señalar lo que se mencionó anteriormente, señalaba que el demandante, o los demandantes, tendrían derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recuperara la entidad pública en razón de la acción popular. Por esto, para que hubiera lugar a la aplicación de dicho porcentaje, era preciso que la entidad pública recuperara un valor que hubiera perdido. Es decir, no bastaba con que hubiera sido exitosa la acción, y que se hubiera detenido la amenaza del derecho colectivo¹⁴³.

No obstante, en este sentido, no fue estable la jurisprudencia del Consejo de Estado, ya que en sentencia del 17 de mayo de 2007, indicó que

El hecho de que no se hubieran recuperado dineros por parte de la entidad pública, no excluye el otorgamiento del incentivo, dado que en aplicación de la norma general prevista en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, en razón a que el estímulo económico se encuentra establecido como un derecho del actor por su labor efectiva en la defensa de los derechos e intereses colectivos, con independencia de que obtenga o no la recuperación de dineros¹⁴⁴.

La Corte Constitucional, en vigencia de los artículos antes mencionados, se pronunció respecto al incentivo económico en el caso de las acciones populares en las que el demandante invocaba el derecho a la moralidad administrativa que, como ya se dijo, viene ligado en muchos casos al patrimonio público. Esto lo hizo en la sentencia C – 088 de 2000, en la cual decidió sobre la constitucionalidad del artículo 40 de la ley 472 de 1998, que consagraba el incentivo económico en acciones populares sobre moralidad administrativa. El artículo demandado establece lo siguiente:

¹⁴³ Consejo de Estado, sentencia AP-2004-00618 de septiembre 2 de 2009, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad.: AP-23000-12-33-1000-2004-00618-01, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., dos de septiembre de dos mil nueve.

¹⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-7300-12-33-1000-2004-00966-01 de mayo 17 de 2007, Radicación AP-7300-12-33-1000-2004-00966-01, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., diecisiete de mayo de dos mil siete.

Artículo 40. Incentivo económico en acciones populares sobre moral administrativa. En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) que recupera la entidad pública en razón a la acción popular.

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

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

En términos del citado artículo, se consagraba la responsabilidad solidaria en caso de responsabilidad de tipo patrimonial. La demanda se basó en que la responsabilidad solidaria que adquieren el representante legal de la entidad pública contratante y contratista, obligándoles a responder con su patrimonio, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso, violaba el principio de buena fe ya que presumía la mala fe de los primeros. No obstante, la Corte no encontró fundamento en la demanda de inconstitucionalidad, y encontró fundamento en la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, contenida en el artículo 90 de la Carta. Es en este contexto que la Corte Constitucional estableció que el principio de buena fe no se consagraba como una barrera que impedía la eficaz protección del interés público y los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, ya que estos últimos también se consagraban como postulados fundamentales del Estado Social de derecho, que implicaban límites y condicionamientos constitucionales al principio de la buena fe.

Es así como los postulados de moralidad administrativa y patrimonio público entran a ponderarse con el principio de la Buena fe, y el resultado es la limitación y condicionamiento de éste último a los derechos colectivos mencionados, protectores, como se ha dicho, del interés común.

Adicionalmente, explicó la Corte que la disposición demandada debía interpretarse en consonancia con el artículo 211 de la Constitución Nacional, que desarrolla el artículo 12 del Estatuto Contractual, entendiendo entonces que si el representante legal de la entidad contratante delegó la competencia para celebrar contratos, será éste último en su calidad de delegatario, quien deberá responder solidariamente con su patrimonio cuando de su actuación se derive una lesión a los derechos colectivos de moralidad administrativa y patrimonio público.

Es importante resaltar también que el artículo 40 de la Ley 472 de 1998, armonizaba con el principio de solidaridad en tanto propendía por la integridad del patrimonio público, al consagrar un instrumento eficaz para recuperar los dineros del presupuesto público que han terminado en manos de servidores públicos o particulares en virtud de irregularidades en el proceso de contratación.

No obstante, la Ley 1425 de 2010 (29 de diciembre) –publicada en el Diario Oficial 47937- derogó los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998. Lo anterior no implica en absoluto que se halla zanjado la controversia relativa a la necesidad e importancia del incentivo, e incluso relativa a la existencia del mismo, toda vez que el artículo 34 de la Ley 476 que consagra el incentivo, no fue derogado.

Por tanto, lo que se concluiría en principio es que los actores populares cuyas pretensiones prosperen, ya no tendrán derecho a que se les reconozca el pago de 10 a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni el 15% del valor recuperado por una entidad pública en los casos de acciones populares interpuestas por vulneración o amenaza a la moralidad administrativa.

Aunque se haya expedido esta ley, por tratarse de un tema tan polémico, esta no es la última palabra que se ha pronunciado ni que se va a pronunciar sobre el asunto. Lo anterior se afirma, en primer lugar, porque es probable que su

constitucionalidad sea demandada; y en caso de que esto ocurra, la Corte Constitucional tendrá que determinar si la eliminación del incentivo es legítima, o si por el contrario, el mismo no debía ser eliminado, ajustándose a lo que previamente había dicho esta Corporación en sentencia C-549 de 2004; y en segundo lugar, porque como se verá más adelante, el artículo 34 de la Ley 476 que consagra el incentivo, no fue derogado.

Con respecto a la Ley que deroga los artículos 39 y 40 de la Ley 472, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia de radicado 25000-23-24-000-2004-00917-01, de enero 24/2011. M.P. Enrique Gil Botero ha señalado que las acciones populares que se encuentran actualmente en curso no darán lugar al incentivo a pesar de que las mismas se hubieren iniciado y tramitado con base en la Ley 472, toda vez que las normas que establecían dicho incentivo se encontrarán derogadas cuando estas acciones se resuelvan.

En esta sentencia, se indica que, como se trataba de normas de contenido sustantivo, su aplicación requiere de su vigencia. Esta afirmación, de acuerdo con el Consejo de Estado, se encuentra soportada por la Ley 153 de 1887 en su artículo 3° el cual dispone: *“Estimase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”*; y en su artículo 17, toda vez que el incentivo es una expectativa de derecho para el actor popular, y no un derecho adquirido con la sola presentación de la demanda, por lo que aplica que: *“Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene”*.

En esta misma sentencia, el Consejo de Estado indica que:

Ha de recordarse que se entiende por norma sustantiva aquella que define o demarca los derechos subjetivos y sus alcances y que puede hallarse, indistintamente, como las normas adjetivas, en cualesquiera códigos o estatutos o recopilaciones de disposiciones legales. Y, en contraste, ha de entenderse por **norma adjetiva** aquella que señala los ritos, las formas, las maneras de actuar en determinados asuntos o circunstancias.

Por tanto, los artículos 39 y 40 de la Ley 472 no contienen normas de procedimiento o sustanciación del proceso de la acción popular; contemplan el derecho eventual del actor a que le paguen una suma de dinero por su actuación procesal satisfactoria. Incluso, las dos normas califican expresamente esta posibilidad como un “derecho”, al decir, en ambas disposiciones, que: “El demandante... tendrá derecho a recibir...” el incentivo. En estos términos, referidos al caso concreto, la Sala ya no encuentra norma vigente que aplicar, y por eso no concederá el incentivo.

A pesar del pronunciamiento de esta sentencia, se encuentra que la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia del 20 de enero, expide un fallo en el que reconoce de manera expresa el incentivo, y en el que no hace alusión a la derogatoria de los artículos 39 y 40 de la Ley 472 ni a las razones por las cuales decide otorgar el incentivo.

Cuando este tipo de contradicciones ocurren lo normal es que la Sala Plena del Consejo de Estado se reúna con el fin de decidir cuál es la postura que se va a acoger.

Mauricio Fajardo, el Presidente del Consejo de Estado, ya anunció que la Sección Tercera eligió algunas acciones populares para su revisión en las que debe discutirse el pago del incentivo, con el fin de que la Sala Plena adopte una jurisprudencia unificada sobre este punto¹⁴⁵.

Cabe resaltar que se plantea una discusión, ya que si bien se derogaron los artículos 39 y 40 de la Ley 472, no se derogó el artículo 34 de la misma ley, el cual se refiere al incentivo; por lo que podría entenderse que el incentivo aún sigue vigente.

¹⁴⁵ Periódico Ámbito Jurídico del 28 de febrero al 13 de marzo de 2011, p. 5.

El artículo 34 señala lo siguiente:

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

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

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

En la sentencia el juez señalará un plazo prudencial, de acuerdo con el alcance de sus determinaciones, dentro del cual deberá iniciarse el cumplimiento de la providencia y posteriormente culminar su ejecución. En dicho término el juez conservará la competencia para tomar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia de conformidad con las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil y podrá conformar un comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia en el cual participarán además del juez, las partes, la entidad pública encargada de velar por el derecho o interés colectivo, el Ministerio Público y una organización no gubernamental con actividades en el objeto del fallo.

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

De hecho señala Carlos Eduardo Naranjo Flórez en el periódico “Ámbito Jurídico” (edición del 28 de marzo al 10 de abril de 2011):

Es por todo lo anterior que frente a la controversia surgida por el fallo de la Sección Tercera (C.P. Enrique Gil Botero, ene. 2/11), es preciso observar que ignoró, de un lado, que el incentivo perduraba habida consideración de la vigencia del artículo 34 de la Ley 472 y, del otro lado, todo lo dicho por la Corte Constitucional y, por consiguiente, que no eran aplicables al análisis, como lo hizo, ni el artículo 3° ni el 17 de la ley 153 de 1887. De allí que esta sentencia vaya en contravía de las que se vienen expidiendo en los diversos tribunales del país y de la ya expedida por la Sección Primera (Rad. 25000232500020050035701 (AP), ene. 24/11, C.P. Marco Antonio Velilla).

Frente a esto se ha se discute la posibilidad de que, de ahora en adelante sea el juez popular el encargado de determinar las cuantías de los incentivos, e incluso podría superar los límites que imponían en materia del incentivo los derogados artículos 39 y 40 de la Ley 476.

Este tema tan polémico aún no se ha cerrado y se espera que continúen las discusiones sobre el mismo.

2.9 CASOS RELEVANTES: JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Ante la falta de una definición clara en nuestro ordenamiento jurídico acerca de la moralidad administrativa como derecho colectivo y la indeterminación que caracteriza este concepto, los fallos judiciales han intentado dotar de contenido al mismo, desplegando esfuerzos en aras de establecer criterios identificadores del concepto, para hacer más fácil su concreción y aplicación en la práctica.

A continuación, se exponen dos casos que se consideran relevantes por cuanto en ellos se evidencia de manera clara la necesidad de proteger el derecho colectivo a la moralidad administrativa; estos casos describen actuaciones reprochables ocurridas al interior de la administración pública y sobre todo nos ponen de presente la existencia de un mal manejo de los recursos públicos.

2.9.1 Caso Dragacol

En sentencia del 31 de mayo de 2002, radicado número 25000-23-24-000-1999-9001-01, acumulado con el número 25000 23 24 000 1999 0537 01, Consejo de Estado, Sección Cuarta, C.P Ligia López Díaz, se estudia el caso DRAGACOL, en el cual los actores son la Contraloría General de la República y Jaime Botero Correa, y los demandados son el Ministerio de Transporte y la Sociedad de Dragados y Construcciones de Colombia y del Caribe S.A (Dragacol).

Esta sentencia se encarga de resolver el recurso de apelación instaurado por los accionantes en contra de la sentencia de primera instancia del 18 de septiembre de 2001 expedida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Los hechos de este caso son los siguientes:

- Como apoderado de Dragacol, Reginaldo Bray Bohórquez, el 3 de julio de 1998 solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento contra el Ministerio de Transporte; la pretensión principal ascendía a \$2.377.183.758 más los valores correspondientes a la indemnización por perjuicios morales y materiales, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante y la actualización de estas sumas.
- El 15 de septiembre, que fue la fecha fijada por el Tribunal para adelantar la audiencia de conciliación, las partes asistieron pero solicitaron la suspensión de la misma. La audiencia se continuaría los días 18 y 23 de septiembre y el 7, 17 y 28 de octubre de 1998. En estas fechas no se logró la conciliación.
- El 11 de noviembre de 1998 fue fijada la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento, pero la misma no se celebró por cuanto las partes desistieron del proceso.
- Mauricio Cárdenas, quien era el Ministro de Transporte, y Reginaldo Bray efectuaron el día 23 de septiembre de 1998 solicitud de conciliación extrajudicial ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

- La audiencia de conciliación se celebró el 6 de noviembre de 1998 y en ella se llegó a los siguientes acuerdos: en primer lugar, que Dragacol desistiría del trámite arbitral que había convocado y de los procesos ejecutivos adelantados contra el Ministerio de Transporte ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca; y, en segundo lugar, que el Ministerio de Transporte se obligaba a pagar a Dragacol la suma de \$26.000.000.000, por concepto de: a) actas de obra pendientes de pago de los contratos 318/94, 286/96, 95 04 003/95 y sus adicionales, cuyos derechos económicos fueron cedidos a favor de Dragacol por el Departamento del Valle; b) actas de obra pendientes de pago del contrato 098/95; c) actas de obra pendientes de pago del contrato 234/94; d) actas de obra pendientes de pago del contrato interadministrativo 217/96, en virtud del cual el Departamento del Atlántico y Dragacol celebraron el contrato 01 15 97 003 y cuyos derechos económicos fueron cedidos a favor de Dragacol por el Departamento del Atlántico; e) valores correspondientes a días de stand by; f) por concepto del restablecimiento del equilibrio económico de los contratos 234/94 y 098/95.
- El Ministerio de Transporte canceló a Dragacol una cifra que ascendía a \$17.600.000.000, por lo que quedaba adeudando la suma de \$8.400.000.000.
- Se inicia investigación fiscal contra Dragacol por el acta de conciliación del 6 de noviembre de 1998.

En este caso, los accionantes ya mencionados interpusieron acción popular considerando que se estaban violando los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público toda vez que la conciliación del 6 de noviembre de 1998 implicaba el cobro de sumas por parte de Dragacol que en realidad no se adeudaban.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en esta oportunidad consideró que en este proceso no se podía establecer la existencia o no de un desmedro al patrimonio público con el fin de lograr la restitución de los dineros públicos

cancelados sin justa razón; a criterio del Tribunal, este es un tema que debe discutirse mediante juicio de responsabilidad fiscal. Asimismo, el Tribunal consideró que la acción popular era improcedente señalando que la competencia correspondía al juez del contrato y al órgano de control fiscal.

En esta oportunidad, el Consejo de Estado revocó la sentencia proferida por el Tribunal, toda vez que el hecho que se estén adelantando al mismo tiempo actuaciones, como juicios de responsabilidad, no impide el ejercicio de la acción popular.

Las pretensiones de los accionantes eran las siguientes: 1. La declaratoria de ineficacia de la conciliación del 6 de noviembre de 1998; esta pretensión tenía como soporte que la conciliación no obtuvo la aprobación judicial correspondiente, y que la conciliación versó sobre pretensiones inmersas en procesos judiciales anteriores, las cuales se basaban en un contrato que había sido cedido al Banco Uconal (entidad que no hizo parte de la audiencia). 2. La restitución de las cosas al estado anterior a la celebración de la conciliación y la consecuente restitución del dinero por parte de Dragacol. 3. La declaratoria de que el Ministerio de Transporte no se encontraba obligado a cancelar el saldo que había quedado pendiente. 4. El reconocimiento de los incentivos a favor del actor popular. 5. La aclaración de que los efectos jurídicos de una acción popular no tienen incidencia sobre los procesos de responsabilidad fiscal que puede adelantar la Contraloría General de la Nación por hechos semejantes.

El Consejo de Estado resolvió, entre otras cosas, lo siguiente: 1. Amparar los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público. 2. Dejar sin efecto el acta de conciliación del 6 de noviembre de 1998. 3. La abstención a la que debía ajustarse el Ministerio de Transporte frente a los pagos que de acuerdo con la conciliación continuaba adeudando a Dragacol. 4. Ordenar a Dragacol el reintegro del valor correspondiente a la cifra pagada en exceso por el Ministerio de

Transporte. 5. Declarar solidariamente responsable a Mauricio Cárdenas Santamaría, ex Ministro de Transporte por el valor no recuperado de lo pagado en exceso. 6. Otorgar el incentivo a los accionantes. 7. Conformar un Comité el cual se encargaría de verificar el cumplimiento de la sentencia; este Comité estaría integrado por el Contralor General de la República, el Ministro de Transporte, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el Fiscal General de la Nación o sus delegados y Jaime Botero Correa (actor popular).

Es de resaltar en esta sentencia que la misma deja claro que puede propenderse por la protección de derechos colectivos como la moralidad administrativa y el patrimonio público a través de una acción popular, aún en los casos en que existan, de manera concomitante, investigaciones fiscales sobre los mismos hechos. Lo anterior, por cuanto la finalidad de las acciones populares es evitar el daño, hacer cesar el peligro, la amenaza o vulneración sobre derechos colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior de forma que se dé solución a la controversia, aún cuando existan procesos legales con finalidades semejantes. De igual manera, el Consejo de Estado en su análisis declaró que las acciones populares eran principales, en consecuencia, su procedencia depende sólo de la existencia de una acción u omisión por parte de la administración que vulnere o amenace derechos colectivos, con independencia de la existencia de otros procesos penales, fiscales o disciplinarios relacionados con los mismos hechos.

Por otra parte, el Consejo de Estado constata una vulneración a la moralidad administrativa y al patrimonio público en razón al incumplimiento de los requisitos necesarios para la conciliación. En materia de conciliaciones celebradas por entidades de derecho público, la ley es estricta al momento de establecer los parámetros a los que debe sujetarse el funcionario público que realiza la conciliación; esta rigidez característica de la norma tiene como finalidad la salvaguarda de los bienes estatales y evitar la vulneración de los derechos colectivos. En la conciliación celebrada por el Ministerio de Transporte y Dragacol

se evidenció el reconocimiento de sumas a esta última sociedad que no correspondían a la realidad.

Este fallo es destacable por referirse a la moralidad administrativa desde sus dos sentidos: como derecho colectivo y como principio; y es por vía de esta última acepción que el Consejo de Estado decide proteger la moralidad administrativa la cual se encuentra vinculada al hecho que *“el manejo de la actividad administrativa se realice con pulcritud y transparencia, con la debida diligencia y cuidado que permitan que los ciudadanos conserven la confianza en el Estado y se apersonen de él”*.

No obstante, Mauricio Cárdenas Santamaría interpuso acción de tutela pues consideró que se había violado su derecho al debido proceso; algunos de los argumentos expuestos se referían a que el fallo del Consejo de Estado había desconocido los resultados arrojados por investigaciones penales y fiscales, en las que había quedado demostrada su buena fe y la ausencia de culpa grave o dolo frente a la conciliación celebrada con Dragacol mientras se encontraba ejerciendo el cargo de Ministro. De igual manera, señala que el Consejo de Estado aplicó de manera retroactiva el artículo de la Ley 472 para determinar la responsabilidad solidaria, y ello no es posible; según el ex Ministro, ello se evidencia en que la Ley 472 fue promulgada el 5 de agosto de 1998 y su vigencia comenzó el 5 de agosto de 1999, al tiempo que los hechos ocurrieron con anterioridad a su vigencia. Asimismo, pretende desvirtuar su responsabilidad solidaria, advirtiendo que la misma sólo podría haberse determinado mediante una acción de repetición y mediante una acción popular, por lo que, desde su óptica, debió haberse aplicado la Ley 678 de 2001. Y finalmente, sostuvo que la moralidad administrativa como derecho colectivo no tiene contenido, por lo que el Consejo de Estado no podía haber definido el alcance de este derecho porque con ello se encuentra desatendiendo al principio de legalidad; afirma el ex Ministro que el Consejo de Estado debió esperar a que una ley determinara el alcance de este derecho.

De este asunto conoció en primera instancia la Sección Quinta del Consejo de Estado, el cual emitió la Sentencia del 4 de septiembre de 2003, mediante la cual se decide no tutelar el derecho toda vez que este tipo de acciones contra providencias judiciales no era procedente, porque de serlo, se estarían desconociendo los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica e independencia judicial.

En segunda instancia, la Sección Primera del Consejo de Estado conoció del caso, y emitió Sentencia del 30 de enero de 2004, mediante la cual confirmó la decisión tomada por la Sección Quinta.

Sin embargo, la Corte Constitucional revisó esta tutela, y los fallos proferidos por las Secciones Quinta y Primera del Consejo de Estado, gracias a la solicitud que en este sentido le hiciera la Defensoría del Pueblo.

La Corte Constitucional mediante sentencia SU-881 de 2005 revoca el fallo de segunda instancia y ampara el derecho al debido proceso de Mauricio Cárdenas Santamaría; también se deja sin efecto la parte resolutive de la sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado (del 31 de mayo de 2002) que declaraba la responsabilidad solidaria del ex Ministro.

Frente a la aplicación del artículo 40 de la Ley 472, la Corte consideró que esta norma es de carácter sustancial, por lo que su aplicación no puede ser retroactiva, sino a futuro, pues de lo contrario, se estaría desconociendo el principio de legalidad. Por tanto, concluye que en este caso no puede predicarse una responsabilidad solidaria del ex Ministro, y que el Consejo de Estado ha incurrido en una vía de hecho.

La Corte esbozó una consideración adicional en la que señala que, la sentencia del Consejo de Estado, por ser de tipo condenatorio, debería fundamentar su decisión en una norma de carácter sustancial cuya vigencia hubiere comenzado con anterioridad a la ocurrencia del hecho; lo anterior no se cumple por cuanto la conciliación tiene fecha del 6 de noviembre de 1998 y la Ley 472 entró en vigencia el 5 de agosto de 1999.

De igual manera, a juicio de la Corte, el artículo 26 de la Ley 80 no era aplicable, por cuanto la misma sólo puede ser aplicada para determinar la responsabilidad simple de los servidores públicos que intervienen en procesos de contratación estatal.

Cabe agregar que, la Corte expresamente aclara que su decisión sólo afecta la parte resolutive del fallo en lo que tiene que ver con la declaratoria de responsabilidad solidaria del ex Ministro Mauricio Cárdenas y en esta medida el resto del fallo se mantiene en firme¹⁴⁶.

¹⁴⁶ El Magistrado Humberto Sierra Porto, en salvamento de voto a la sentencia SU-881 de 2005, señala que en el caso concreto no se ha configurado una vía de hecho en una sentencia judicial que amerite la anulación de lo ordenado en la misma, a través de tutela; la argumentación de este Magistrado concede la razón al juez popular cuando declara la existencia de responsabilidad solidaria y ello lo fundamenta en que la misma no fue instituida por primera vez en 1999 mediante la ley 472 de 1998, sino que, por el contrario, ésta ha estado vigente en la Constitución de 1991 y en los principios generales del Estatuto General de Contratación Administrativa (Ley 80 de 1993). Indica Sierra Porto que no reconocer esta situación implicaría afirmar que antes de la entrada en vigencia de la ley 472 no existía la responsabilidad patrimonial de las autoridades administrativas respecto de conductas contractuales a nombre y con recursos del Estado. La justificación de la decisión del juez popular de declarar responsable solidario a Mauricio Cárdenas Santamaría mediante acción popular, radica en los principios que inspiran la vigilancia sobre los recursos públicos y la responsabilidad de quienes los manejan. Indica Sierra Porto: *“la posibilidad de anular los efectos de una decisión judicial mediante una orden de tutela, esto es, la procedibilidad de tutelas contra sentencias judiciales, no supone simplemente la verificación mecánica de la existencia de uno o varios de los tipos de defectos que la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado. La determinación de estos defectos o supuestos de procedibilidad del amparo en las sentencias judiciales, supone también su análisis material. Pues es éste el que puede dar cuenta al juez de tutela de la vulneración de la Constitución, bien por vía de no aplicar o por aplicarla a partir de interpretaciones ajenas a sus propios postulados”*... *“Es indispensable que de dicha situación se desprenda una clara vulneración a la Constitución”*. A juicio de este magistrado: *“se confundió la disparidad de interpretaciones sobre el fundamento de la declaratoria de responsabilidad solidaria, con el hecho de transgredir el orden constitucional”*... *“De hecho, en una interpretación – la de la mayoría de la Sala Plena de la Corte*

2.9.2 Caso Invercolsa

En sentencia del 9 de diciembre de 2003, radicado 25000-23-26-000-2002-1204-01 (AP) IJ, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Camilo Arciniegas Andrade, se estudia el caso INVERCOLSA, en el cual los actores son Javier Armando Rincón y Héctor Alfredo Suárez Mejía, y los demandados son: Ecopetrol y Fernando Londoño Hoyos.

Esta sentencia se encarga de resolver el recurso de apelación instaurado por los accionantes populares contra la sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 8 de abril de 2003, en la cual no prosperan las pretensiones de la acción popular incoada por los demandantes. En el sentir de los actores existía una vulneración a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público.

Los hechos del caso según los demandantes son los siguientes:

- Mediante subasta del 2 de mayo de 1997, Fernando Londoño Hoyos adquirió acciones de Inversiones de Gases de Colombia S.A (INVERCOLSA) que eran de propiedad de ECOPETROL, en la Bolsa de Bogotá.
- La transacción ascendió a un valor de \$9.274.000.000.

Constitucional- de la fundamentación utilizada por el juez popular, ésta apunta a que la declaración de responsable solidario del actor, no puede tener como soporte la regla de derecho contenida en el artículo inciso segundo del artículo 40 de la Ley. En otra interpretación – la del ad quem de tutela – dicha fundamentación se soporta en contenidos normativos constitucionales y legales distintos al mencionado artículo 40. De este modo, en la presente sentencia se concluyó, a partir de la primera interpretación, que la fundamentación del fallo impugnado había incurrido en un defecto sustantivo, pues el sustento normativo no era aplicable al caso. Con ello, la Sala no hizo más que demostrar la existencia de una interpretación alternativa, a la justificación de la sentencia cuestionada, que resultaba violatoria de la Constitución. Pero, en tanto no demostró que la otra interpretación – la del ad quem de tutela – vulneraba gravemente la Carta, no debió anular los efectos que de ella se desprendieron”.

- El paquete de acciones debía ofrecerse, en primera instancia, al sector solidario y a los trabajadores y extratrabajadores (según el artículo 60 de la Constitución Nacional y los artículos 2, 3 y 4 de la Ley 226 de 1995).
- Para la compra de las acciones, Fernando Londoño Hoyos indicó tener la calidad de trabajador, a pesar de que su vínculo con INVERCOLSA era de carácter comercial; así lo declaró la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá al confirmar la sentencia del Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá.
- Fernando Londoño Hoyos alegó una calidad que no poseía y en esta medida obtuvo condiciones especiales preferenciales para la adquisición de la participación social estatal.
- ECOPETROL ha tenido detrimento patrimonial por vender sus acciones a un precio inferior.
- Fernando Londoño Hoyos ha reconocido que las acciones estaban menospreciadas al momento de adquirirlas.
- En el juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá cursa una demanda instaurada por ECOPETROL contra Fernando Londoño Hoyos para lograr la devolución de las acciones.
- No se le dio aplicación al artículo 60 de la Constitución Nacional en la venta de las acciones de ECOPETROL en INVERCOLSA., toda vez que el 20% fue comprado por alguien que no era trabajador, *“quedándose con la opción que correspondía a todos los trabajadores (...)”*¹⁴⁷

Las pretensiones de los accionantes eran las siguientes: 1. La protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público. 2. El reconocimiento de la existencia de una vulneración a los preceptos constitucionales y legales sobre la democratización a la propiedad accionaria; y

¹⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente Camilo Arciniegas Andrade, Bogotá D.C, nueve (9) de diciembre de dos mil tres (2003) Radicación número 25000-23-26-000-2002-01204-01

por tanto, la ineficacia del proceso de venta. 3. La restitución de las cosas al estado anterior a la venta. 4. La condena al Estado al pago de los perjuicios que se causaron por la venta y el reconocimiento del incentivo a los demandantes. 5. La condena en costas a la parte demandada.

En este caso, el Consejo de Estado decidió revocar la sentencia proferida por la sección tercera del Tribunal y resolvió: 1. El amparo de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público. 2. La nulidad e ineficacia de la compra de acciones realizada por Fernando Londoño Hoyos, por contravenir las normas de derecho público, en los siguientes términos: *“Por haber contrariado normas de derecho público y tener, por tanto, objeto ilícito, es absolutamente nula y, en consecuencia, ineficaz, la compra efectuada por Fernando Londoño Hoyos de 145.000.000 de acciones de INVERCOLSA S.A., inscrita en el Libro de Registro de Acciones el 8 de mayo de 1997”*. 3. La inscripción de la sentencia en el libro de Registro de Acciones de Invercolsa, y la cancelación del registro de la adquisición de esas acciones. 4. Ordenar a Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A (afib) que restituya a Ecopetrol las acciones de Invercolsa que obtuvo como dación en pago el señor Fernando Londoño Hoyos. 5. La restitución por parte de Afib y Fernando Londoño Hoyos a Ecopetrol de los dividendos obtenidos mientras las acciones objeto de la compra habían permanecido en su poder. 6. La declaratoria de que el señor Fernando Londoño Hoyos no tiene derecho a la acción de repetición contra Ecopetrol por el valor que pagó por las acciones. 7. El reconocimiento de un incentivo a los accionantes que asciende a 150 smlmv, que estaría a cargo del demandado.

Esta resulta ser una sentencia interesante en la que el Consejo de Estado analiza expresamente la posibilidad de revisar las irregularidades en la contratación en el transcurso de un proceso de acción popular. En este análisis, el Consejo de Estado cita el artículo 40 de la Ley 472 de 1998 que consagra expresamente esa

posibilidad, cuando en sede constitucional, se propende por la protección al derecho colectivo de moralidad administrativa. Su tenor es como sigue:

Artículo 40. Incentivo económico en acciones populares sobre moral administrativa. En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular.

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

Para hacer viable esta acción, en materia probatoria los ciudadanos tendrán derecho a solicitar y obtener se les expida copia auténtica de los documentos referidos a la contratación, en cualquier momento. No habrá reserva sobre tales documentos. (Resalta la Sala)¹⁴⁸.

Asimismo, el Consejo de Estado, en la sentencia citada hace suyas las siguientes consideraciones consignadas en sentencia proferida por el mismo Organismo el 31 de Octubre de 2002¹⁴⁹, en la cual se examinó la procedencia de la Acción Popular frente a los contratos estatales:

II. La acción popular frente a los contratos estatales

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 209 de la Constitución, la actividad contractual del Estado, en tanto modalidad de gestión pública, ha de guiarse por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad. Esto significa que con los contratos también pueden vulnerarse, entre otros, los derechos colectivos a la moralidad y el patrimonio públicos.

2. (...)

El particular que contrata con el Estado si bien tiene legítimo derecho a obtener un lucro económico por el desarrollo de su actividad, no puede perder de vista que su intervención es una forma de colaboración con las autoridades en el logro de los fines estatales y que además debe cumplir una función social, la cual implica obligaciones (ibídem).

(...)

¹⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente Camilo Arciniegas Andrade, Bogotá D.C, nueve (9) de diciembre de dos mil tres (2003) Radicación número 25000-23-26-000-2002-01204-01

¹⁴⁹ Expediente AP-059.

3. La ley 472 de 1998 no señala expresamente que los contratos de la administración pública puedan ser objeto del examen de legalidad a través del ejercicio de la acción popular. Sin embargo, el contrato es un instrumento para la inversión de los dineros públicos y como esta acción busca la protección de derechos colectivos que pueden resultar afectados por las actuaciones de los servidores públicos, se impone concluir que por la vía de la acción popular puede ser posible revisar la legalidad de un contrato estatal cuando éste pone en peligro o viola algún derecho colectivo. (Resalta la Sala¹⁵⁰”).

Termina la Sala concluyendo que la acción popular es procedente para impugnar contratos, siempre y cuando se demuestre la lesión de derechos colectivos como la moralidad administrativa y el patrimonio público.

De igual forma, el Consejo de Estado considera que la adquisición o compra de acciones estatales sin cumplir los requisitos necesarios para ello, deviene en una vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público. Para este caso, se observa una irregularidad en el proceso de compra de las acciones en la medida en que el comprador de las mismas adujo tener la calidad de empleado de Invercolsa con el propósito de obtener el beneficio de los trabajadores de esta entidad, consistente en el establecimiento de un precio fijo por acción. Pero, además, se constata un detrimento al patrimonio público en la venta de las acciones, puesto que, de no haber sido compradas, las mismas se habrían ofrecido en subasta pública obteniendo un precio superior. En cuanto a la actuación de Ecopetrol, el Consejo de Estado consideró que no estaba en poder de esta empresa impedir la compra de las acciones por parte de Fernando Londoño Hoyos, toda vez que para la venta de las acciones, la aceptación de la oferta debía hacerse mediante un comisionista de bolsa que fue conocido por los funcionarios de Ecopetrol sólo cuando se perfeccionó la compra y la misma fue inscrita en el libro de Registro de Acciones.

¹⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente Camilo Arciniegas Andrade, Bogotá D.C, nueve (9) de diciembre de dos mil tres (2003) Radicación número 25000-23-26-000-2002-01204-01

En el análisis de este caso, el Consejo de Estado no usa una definición unívoca y concreta de moralidad administrativa, a pesar de que el mismo resulta amparando el derecho colectivo a la moralidad administrativa. Este amparo es fundamentado en la violación a la normatividad que rige el proceso de democratización de la propiedad accionaria de Ecopetrol, esto es, en la contravención a normas de derecho público; situación esta que denota la existencia de un objeto ilícito en el contrato celebrado. Adicionalmente, el Consejo de Estado consideró que el comportamiento del señor Londoño Hoyos no se ajustó al deber que tienen los particulares de *“concurrir al perfeccionamiento de relaciones jurídicas lícitas con la Administración Pública, respetando los derechos de terceros y adquiriendo los propios con arreglo a la ley”*.

Resulta llamativo en esta sentencia que quien haya transgredido con su comportamiento el derecho colectivo a la moralidad administrativa haya sido un particular y no un funcionario público o un particular en ejercicio de funciones públicas.

Para este caso, la Afib instauró acción de tutela en la que alega varios puntos: a) que su derecho al debido proceso había sido violado por cuanto se había omitido realizar el traslado correspondiente para alegar en segunda instancia como litisconsorte necesario de la parte demandada y se le negó el acceso a las pruebas decretadas en el proceso; b) que la decisión del Consejo de Estado mediante la cual se le ordena reintegrar las acciones que había adquirido como acreedora de Fernando Londoño Hoyos le generaba un detrimento patrimonial; y c) que la acción popular era improcedente frente a la contratación estatal y la posibilidad de hacer extensivo el fallo de 2003 a la Afib.

Esta tutela fue conocida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, la cual, el 27 de Octubre de 2004 negó las pretensiones de la Afib. Esta sección consideró que no había existido omisión en el traslado para alegar, puesto que, según el

artículo 37 de la Ley 472 éste procedimiento no se encuentra previsto para la apelación de una sentencia que decida una acción popular. De igual forma, el Consejo de Estado señaló que a la fecha de la adquisición de las acciones de Invercolsa por parte de la Afib mediante dación en pago con el señor Londoño Hoyos, éstas se encontraban en litigio, y sobre ellas recaía una medida cautelar inscrita en el registro respectivo; lo anterior implica que para la venta de las acciones se requería de la autorización judicial correspondiente, requisito que en ningún momento fue satisfecho por la Afib, de lo cual se concluye que su actuación fue realizada de mala fe y en esta medida no eran aplicables al caso las normas civiles sobre la protección de terceros de buena fe.

Este fallo de tutela fue impugnado, y de dicha impugnación conoció la sección quinta del Consejo de Estado, la cual dejó sin efectos la sentencia judicial del 9 de diciembre de 2003, y concede la tutela a la Afib. Esta sección consideró que hubo vulneración al debido proceso a la Afib al no correr el traslado correspondiente para alegar de conclusión, toda vez que se le había permitido intervenir en otras actuaciones procesales en calidad de litisconsorte necesario. Pero además, esta sección manifiesta que no se puede aplicar la Ley 472 de 1998 al caso concreto, toda vez que la misma no es aplicable a hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, situación que se dio cuando el Consejo de Estado decretó la nulidad e ineficacia del contrato de enajenación de acciones realizado por Fernando Londoño Hoyos y la Afib, el cual tiene fecha del 2 de Mayo de 1998, y la Ley 472 inicia su vigencia el 5 de Agosto de 1999. Finalmente esta sala indicó que el Consejo de Estado no podía pronunciarse sobre la nulidad del contrato de venta accionaria toda vez que se encontraba en curso un proceso judicial que buscaba resolver este asunto.

El 13 de julio de 2006 el Procurador General de la República solicitó a la Corte Constitucional la revisión de la acción de tutela interpuesta por la Afib en el 2004; la razón expuesta por la Procuraduría radicaba principalmente en que

disposiciones relativas a la aplicación de la ley procesal son aplicables desde el momento en que entran en vigencia a los procesos que se encuentran en curso; y los artículos de la Ley 472 que fueron aplicados al caso por el Consejo de Estado en el año 2003 son normas procesales y no sustanciales, razón por la cual era evidente la procedencia de su aplicación de manera inmediata.

La Corte, expidió la sentencia T 446 de 2007 (30 de Mayo). Esta sentencia revocó parcialmente la sentencia de 2005 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, pero dejó sin efectos la disposición acerca de la restitución de las acciones a Ecopetrol por parte de la Afib. En este fallo, la Corte indica la procedencia de acciones populares contra procesos de contratación pública, concretamente en el evento en que busca garantizarse la democratización de la propiedad accionaria. Pero además la Corte analiza la posibilidad de que el juez popular ordene la restitución de bienes que a la fecha del fallo están en poder de terceros que no formaron parte de la relación que dio origen a la transgresión de la moralidad administrativa, y la posibilidad de hacer restituciones respecto de terceros, siempre que se haga una valoración en el sentido de que los bienes a restituir aun están en su patrimonio y la transacción para la obtención de estos bienes se haya regido por el principio de buena fe.

La Corte no ordenó la restitución de las acciones por parte de la Afib pues ello supone una condena a un tercero que no está consagrada en la ley como efecto de la declaratoria de invalidez de un contrato. Adicionalmente, la Corte consideró que los argumentos del Consejo de Estado en la sentencia de 2003 no eran claros frente a la condena de la Afib y que debió existir una diferencia entre la valoración de la conducta de buena o mala fe por parte de la Afib y la orden de devolver los dividendos no convertidos en acciones.

2.9.3. Caso licores en el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

En el caso que procede a estudiarse, aparece como demandante el señor Jaime Miguel Torres Padilla, quien instaura una acción popular contra el Departamento del Archipiélago San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, la Fabrica de Licores de Antioquia, la Industria Licorera de Caldas, el señor Aníbal Muriel Cruz y el Grupo Litoral S.A. Los derechos invocados fueron la moralidad pública, el patrimonio público, la salud y la educación. Los hechos que narra el actor popular pueden ser resumidos de la siguiente forma:

- El Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, goza de un beneficio establecido a favor de sus habitantes, que consiste en la exención del pago de IVA por la adquisición de algunos productos en el interior del país.
- El actor acusa a las industrias licoreras de Caldas y Antioquia de estar aprovechando “fraudulenta y torcidamente” dichas exenciones, desviando sus productos a otros departamentos, pese a facturarlos con destino al Archipiélago.
- Todo lo anterior, indica el actor, ocasiona una disminución del consumo de licor en el Archipiélago de San Andrés, providencia y Santa Catalina, reduciendo así los impuestos al consumo y otros, generando un impacto negativo en el fisco departamental y disminuyendo sus ingresos, cuya finalidad sería subsidiar los servicios de salud, educación y deporte.

La sentencia apelada, ordenaba proteger el derecho a la moralidad administrativa del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina conminando al Grupo de Rentas Departamentales para que realizara las legalizaciones de las Tornaguías¹⁵¹, dentro del término legal establecido en el

¹⁵¹ El decreto 3.071 de 1997, artículo 3, define el término tornaguía en los siguientes términos: *Tornaguía. Llámese tornaguía al certificado único nacional expedido por las autoridades departamentales y del Distrito Capital a través del cual se autoriza y controla la entrada, salida y movilización de productos gravados con impuestos al consumo, o que sean objeto del monopolio*

decreto 3071 de diciembre 23 de 1997; previno a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para que ejerciera con mayor diligencia las funciones a ella asignadas; y negó las demás pretensiones. Como incentivo económico ordenó al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina la suma de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes al actor.

El Consejo de Estado en sentencia del 30 de agosto de 2007¹⁵², establece que las conductas descritas por el actor popular en la demanda constituirían una clara violación a la moralidad administrativa. Sin embargo, el Alto Tribunal indica que estos hechos deberían haber sido objeto de una mayor actividad probatoria, por cuanto la Sala mal podría amparar los derechos invocados dada la falta de prueba.

Respecto a los cargos formulados contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- el Consejo de Estado indicó que el Tribunal incurrió en error al prevenirla para ejercer con mayor diligencia las facultades que le han sido otorgadas. Todo esto, por cuanto la DIAN, como autoridad aduanera solo se encarga del control y vigilancia de las mercancías de importación, exportación y tránsito. Pero nada se dice en el estatuto aduanero –Decreto 2685 de 1999- respecto al control y vigilancia sobre la carga que llegue de un lugar del territorio nacional a otro.

No obstante, explica la Sala, la situación es diferente respecto al Departamento, a quien, como titular del monopolio rentístico de licores, le compete, entre otras cosas, encargarse de la introducción y venta de licores en su respectiva jurisdicción. Adicionalmente, el Consejo de Estado, citando al Tribunal, expone

rentístico de licores, entre entidades territoriales que sean sujetos activos de tales impuestos, o dentro de las mismas, cuando sea del caso.

¹⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicado 88001233100020040000901, Sección Tercera, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Bogotá, 30 de agosto de 2007.

que dado el acervo probatorio, se encuentra que el Grupo de Rentas Departamentales no observaba a cabalidad lo ordenado por el decreto 3072 de 1997, en lo que respecta al trámite de legalización de las tornaguías. Sin embargo, apartándose de la conclusión a la que el a quo llegó, la Sala consideró que no en todos los casos en que se desconoce la ley, se vulnera la moralidad administrativa, puesto que se debe distinguir entre la violación a la ley de manera pura y simple y la afectación material a la moralidad pública. Concluye entonces el análisis estableciendo que en el caso concreto, la inobservancia del término que tiene la administración para actuar implica una transgresión que no pone en riesgo la moral, aunque sí la responsabilidad personal de los funcionarios. Por todo lo anterior, revoca en este punto lo decidido por el Tribunal, y en consecuencia, revoca también el incentivo que había sido otorgado al actor popular.

2.10 FALLOS RELEVANTES DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN TORNO A LA DEFINICIÓN DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA

La moralidad administrativa ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial no sólo por parte del Consejo de Estado sino también por parte de la Corte Constitucional; dentro de los fallos más relevantes de esta última Corporación se encuentran los siguientes:

En primer lugar, es preciso hacer referencia a la sentencia C-046 de 1994¹⁵³. En ésta se estudió la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 42 de 1993, sobre la organización del sistema de control fiscal financiero, y la gestión fiscal a cargo de los funcionarios del erario. Tras el análisis pertinente, la Corte afirmó que respecto a éste tema, la moralidad, conforme al sentido constitucional, abarca todo aquello que la sociedad espera de quienes manejan recursos de la comunidad, es decir,

153 Corte Constitucional. Sentencia C 046 del 10 de Febrero de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C..

más allá del fuero interno de los servidores públicos, la moralidad abarca también la absoluta pulcritud y honestidad que se espera de ellos.

Otro fallo de la Corte Constitucional que merece ser mencionado en el presente escrito, es el contenido en sentencia C-088 de 2000¹⁵⁴, en el que se estudió la exequibilidad del inciso segundo del artículo 40 de la Ley 472 de 1998. La norma demandada, regula el incentivo de la acción popular cuando ésta se genere en la violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa, y establece la responsabilidad solidaria entre el representante legal de la entidad contratante y contratista, y quienes concurren al hecho, cuando se trate de irregularidades provenientes de la contratación.

Aunque la Corte no emplea expresamente una definición de moralidad administrativa, en el fallo aludido se encuentran algunos elementos relevantes acerca de la noción de dicho concepto, a partir de los cuales desarrolla su análisis. Entre estos elementos, podemos encontrar, por un lado, la vinculación de la moralidad administrativa con el concepto de buena fe; y por otro lado, en la sentencia referida, se hace evidente la vinculación que hace la Corte entre los conceptos de moralidad administrativa y patrimonio público. Estas nociones se explican a continuación:

En este caso, la Corte hace un análisis interesante respecto al principio de buena fe y el papel que cumple ésta para la protección del interés general y el bien común, a través de los derechos colectivos; objetivo que debe alcanzarse a partir de condicionamientos al principio de buena fe, situación que resulta constitucionalmente aceptable. Lo anterior implica que el principio de buena fe nunca deberá ser entendido como una limitación a la eficaz protección de los intereses colectivos y derechos colectivos como la moralidad administrativa y el

¹⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia C 088 del 2 de Febrero de 2000. M.P. Fabio Moron Diaz. Ref.: Expediente D-2469

patrimonio público. Entonces, frente a esta vinculación, establecida entre la moralidad administrativa y el principio de buena fe, la Corte limita la aplicación del principio de buena fe, y da prevalencia al interés general, lo cual no conlleva un abuso del mandato constitucional.

Es en este punto que la Corte reitera que en el ámbito de la contratación estatal, en el cual se comprometen el patrimonio y los recursos públicos, deberá defenderse la prevalencia del interés general, dentro de un “orden justo” y bajo la aplicación de los principios del Estado Social de Derecho. Cabe mencionar que, según la Corte, las autoridades públicas están encargadas de proteger el patrimonio y los recursos públicos. Por esta razón, el legislador consagró la responsabilidad patrimonial originada en irregularidades que no solamente generan perjuicios patrimoniales a causa de la corrupción sino que, además, quebrantan la moralidad administrativa. Así, aparece claramente el vínculo establecido por la Corte entre la moralidad administrativa y el patrimonio público, por cuanto, como se evidencia en esta sentencia, los recursos del patrimonio público representan el interés colectivo, todo lo cual se vería vulnerado ante la corrupción administrativa originada en el contexto de la contratación estatal.

Por otra parte, la sentencia C-988 de 2006¹⁵⁵ también merece nuestra atención. En esta providencia, la Corte se refiere al concepto de moralidad administrativa, al preguntarse por la constitucionalidad del numeral 10 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004. Los supuestos a que se refiere la demanda, según el texto vigente al momento de ser emitida esta sentencia, son aquellos casos en que la afectación de los bienes jurídicos de la administración pública y la recta administración de justicia hayan perdido funcionalidad, o la conducta haya sido ya sancionada disciplinariamente. Los demandantes argumentan que el hecho de categorizar la

¹⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia C 988 del 29 de Noviembre de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá D.C. Ref.: Expediente D-6207.

situación establecida como una falta leve, desconoce el principio de moralidad administrativa.

La Corte reitera que la función administrativa está dirigida a realizar los intereses generales, para lo cual debe adecuarse a principios tales como la moralidad, principio al cual, en virtud de los artículos 1 y 2 de la Constitución Política, deben adecuarse tanto los funcionarios públicos como los particulares que cumplen funciones administrativas.

Señala entonces la Corte que instrumentos como los que establecen un régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para los funcionarios y servidores públicos, los recursos para exigir el cumplimiento de las funciones públicas, tales como la acción de repetición y las acciones populares constituyen todos instrumentos constitucionales que protegen la moralidad administrativa, garantizando el cumplimiento transparente e imparcial de las funciones públicas.

Frente a los planteamientos de la Corte, es posible decir que la moralidad es tratada como un principio de rango constitucional, y que, de no ser observada en el ejercicio de las funciones públicas, podría acudir a instrumentos normativos de carácter constitucional.

Finalmente, la Corte Constitucional en sentencia C-353 de 2009¹⁵⁶, referida a la necesidad de que las normas que rijan las relaciones entre los órganos del Estado y sus funcionarios deben no solamente permitir el desarrollo de las actuaciones públicas, sino que deben proteger, entre otros, la moralidad administrativa. Es entonces, cuando la Corte se refiere al régimen de inhabilidades para contratar con el Estado, *“como el sistema de valores, principios y normas que, en aras de proteger la moralidad administrativa, la transparencia de la función administrativa,*

¹⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia C- 353 del 20 de Mayo de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D.C. Ref.: Expediente D-7518.

el buen nombre de la administración y garantizar la idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de las actividades estatales, prevé hechos y circunstancias que impiden a determinadas personas celebrar contratos con el Estado”.

3. CONCLUSIONES

- Ante el carácter de “norma en blanco” de la moralidad administrativa, frente al hecho de que la misma no ha sido definida por la Constitución ni la ley, y delante de la imposibilidad de dar una definición que cobije todos los casos posibles en que se vea vinculado este derecho, el Consejo de Estado ha concluido que los esfuerzos que ha desplegado para darle definición, contenido y alcance a éste concepto, más que restringirlo, lo amplían y explican para que pueda ser aplicado en cada caso concreto en consonancia con los valores y principios que lo inspiran¹⁵⁷.

No obstante, ante la posibilidad de desarrollar la moralidad administrativa como derecho colectivo y ante la posibilidad de protegerla de manera autónoma dentro de una acción popular, este derecho colectivo tiene la virtualidad de constituirse en un mecanismo eficaz de lucha contra la corrupción y en un medio para la promoción de la participación ciudadana en los asuntos de carácter público.

Han existido algunos intentos para definir la moralidad administrativa, el primero de los cuales se dio en el proyecto de la Ley 472, en el cual se considera que la moralidad administrativa es el *“derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado por los funcionarios de conformidad con los principios y criterios señalados por la Constitución y las leyes”*. Esta definición constituyó sólo un intento por cuanto la misma fue eliminada del articulado de la ley antes de ser aprobada en último debate.

¹⁵⁷ Consejo de Estado, salvamento de voto, sentencia del 4 de Marzo de 2009. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Radicación 25000-23-25-000-2004-00739-02.

Aunque no es posible establecer con claridad la razón por la cual se eliminó esta definición, toda vez que ello no consta en los registros, sí es claro que esta definición adolecía del problema de incorporar dentro de su definición el concepto de patrimonio público; esta situación se muestra como antecedente de la relación que se ha establecido entre la moralidad administrativa y el patrimonio público.

De la indeterminación del concepto de la moralidad administrativa es que surgen todos los intentos jurisprudenciales tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado (sobre todo de este último), con el fin de asignar a este concepto notas distintivas que lo caractericen y que sirvan al juez para dar concreción al concepto en cada caso particular.

En términos generales, parece claro que la intención de la inclusión de la moralidad administrativa como derecho colectivo era propender por el recto proceder de la administración; surge el problema de que esta finalidad es compartida tanto por la moralidad administrativa como por el patrimonio público.

Atendiendo a esta situación, y en general, a la dificultad que existe para definir el concepto, el Consejo de Estado no ha establecido una noción unívoca de la moralidad administrativa, sino que su intento por definirla consiste en centrarse en aspectos de carácter objetivo que, a su juicio, son necesarios para proceder a amparar la moralidad administrativa a través de una acción popular.

El intento de otorgar una definición a la moralidad administrativa por parte del Consejo de Estado ha resultado en avances importantes, toda vez que se han establecido unas pautas orientadoras para la concreción del derecho en cada caso, tales como, la conexidad de la moralidad administrativa con otros derechos, la mala fe o dolo, la desviación de poder y el favorecimiento de

intereses particulares. Por tanto, aunque el juez que conoce de una acción popular en la que se analiza la violación o posible afectación a la moralidad administrativa conserva un amplio margen de interpretación, se han establecido criterios que establecen un cierto marco dentro del cual ha de moverse este juez en su análisis.

Estos criterios o elementos constitutivos del concepto son valiosos en la medida en que permiten la aplicación y efectividad práctica del derecho colectivo a la moralidad administrativa, sin limitarlo y dejando abierta la opción de continuar construyendo el concepto a través de la creación de pautas orientadoras en la aplicación del mismo. A nuestro juicio, tratar de indagar por una definición unívoca y correcta del concepto, podría traer consecuencias nefastas para la protección del derecho, en la medida en que dicha definición podría resultar limitando sustancialmente el derecho y suprimiendo su protección en un sinnúmero de casos.

- En materia de la relación existente entre moralidad y legalidad, encontramos que la moralidad no es sinónimo de legalidad; y en caso de confundir estos conceptos en materia de control judicial de la actividad de la administración, estaríamos ante el inminente riesgo de negar la existencia de la moralidad, toda vez que, si la misma se encuentra limitada a la legalidad, los mecanismos judiciales contencioso administrativos serían suficientes y no sería necesaria la existencia de la acción popular para alcanzar la protección de los derechos colectivos.
- En cuanto a la posibilidad o no que tiene el juez popular para cuestionar la legalidad de los actos administrativos y contratos por vía de una acción popular, la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido pacífica. Cuando se trata de actos administrativos, se encuentran sentencias en las que se declara la imposibilidad de que ello suceda por cuanto la declaratoria de

nulidad de los actos y contratos es propia de otras acciones contenciosas; pero existen otras sentencias en las que se considera que el juez puede decretar la nulidad de un acto administrativo o contrato, cuando la misma sea necesaria para proteger un derecho colectivo. Adicionalmente, se encuentra que en materia contractual, existen sentencias que consideran que el juez popular está en la facultad de suspender la ejecución de un contrato hasta que la jurisdicción contencioso administrativa emita una decisión de fondo dentro del proceso ordinario a través del cual se debe analizar la nulidad del contrato; se considera que de esta forma se logra evitar el empleo de la acción popular como medio para evadir la aplicación del término de caducidad que para el ejercicio de la acción contractual es de dos años.

No obstante las discusiones al respecto, tanto para actos administrativos como para contratos estatales, finalmente se ha aceptado la posibilidad de revisar la legalidad de los mismos, por vía de una acción popular, cuando se estén vulnerando derechos colectivos, como lo es la moralidad administrativa, con origen en la ilegalidad de aquél.

El objeto de esta discusión fue regulado por el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, la cual entrará en vigencia a partir de julio de 2012. Este artículo se refiere a la protección de los derechos e intereses colectivos en los siguientes términos:

Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, **sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o contrato**, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos...

La ley citada, toma como regla lo establecido por el Consejo de Estado en sentencia seis (6) de Octubre de dos mil cinco (2005), según la cual todas las acciones tienen límites precisos, lo cual, sumado al principio de ilegalidad, implica concluir que el juez popular no tiene facultades de anular un acto administrativo. Sin embargo, afirma la sentencia, para proteger los derechos colectivos de la vulneración o amenaza a que se estén viendo sometidos, podrán suspenderse los efectos de aquel¹⁵⁸.

- La moralidad no es un concepto eminentemente subjetivo por cuanto el mismo debe enmarcarse dentro del esquema que impone el Estado Social de Derecho consagrado por la Constitución de 1991, por lo que no sería razonable que cada juez pudiera imponer en sus análisis y decisiones su propia concepción de la moral, sino que los operadores jurídicos en su actuación se ven limitados y orientados por la legalidad y por las reglas y principios que impone el Estado Social de Derecho.
- Si comparamos el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, puede concluirse que es ésta última Corporación la que ha tenido un mayor acercamiento al tema, por cuanto, aunque la Corte Constitucional también ha tratado el asunto, se ha caracterizado por hacer referencia a la moralidad administrativa como principio rector de la función administrativa y del desarrollo de la actividad pública. No obstante, consideramos que esta cuestión se debe a que la Corte Constitucional no es juez de las acciones populares, y por esta razón, su análisis sobre el tema se puede presentar apenas tangencialmente, esto es, al

¹⁵⁸ Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá D.C., seis (6) de Octubre de dos mil cinco (2005), Radicación número: AP-13001-23-31-000-2002-00135-01

decidir acciones de constitucionalidad o de tutela que se relacionen con la moralidad administrativa.

- El Consejo de Estado se ha dado a la tarea de afrontar el concepto de la moralidad administrativa desde perspectivas diversas, empleando metodologías dispares con el fin de observar lo que podría llamarse el núcleo duro de este concepto desde ángulos distintos:
 1. Apoyándose en el método histórico, hay que acercarse a los antecedentes de la ley que regula la acción popular, pues en uno de los proyectos se empleó la siguiente definición de moralidad administrativa: *“Se entiende por moralidad administrativa el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo con la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios de un buen funcionario”*.
 2. Empleando el método teleológico, la definición de la moralidad administrativa debe atender a la finalidad que inspira la actividad administrativa (acto, contrato, omisión, etc); por tanto, será inmoral aquella actuación que no vaya en consonancia con el interés de la colectividad y, especialmente, aquella que vaya en contravía del desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Es en este punto donde salta a la vista la estrecha relación que existe entre la inmoralidad y la desviación de poder.
 3. Desde una perspectiva constitucional, la moralidad incluye o abarca de manera general el comportamiento o conducta que la sociedad espera de quienes manejan los recursos de la colectividad, el cual ha de ajustarse a criterios de diligencia, cuidado, transparencia, pulcritud y honestidad; la moralidad, por tanto, no puede ser en ningún caso los intereses y concepciones personales de aquellas personas que ejercen función pública.

4. La moralidad administrativa como derecho colectivo. Frente a esta concepción, cabe resaltar algunos de los puntos esenciales: *“a) debe concretarse en cada caso de conformidad con los principios de la sana crítica; b) al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador, de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación; c) en la práctica, la violación de este derecho colectivo implica la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza”*¹⁵⁹ (negritas dentro del texto).
5. La moralidad administrativa en relación con el patrimonio público. La jurisprudencia asocia la moralidad administrativa con la defensa del patrimonio público y con la lucha contra la corrupción administrativa; y concretamente, el Consejo de Estado señala que de manera implícita la moralidad administrativa hace referencia a la corrupción, toda vez que ésta última se refiere al menoscabo de la integridad moral. Por tanto, cuando se evidencia que una degradación obra sobre los valores que rigen la función pública, el ordenamiento jurídico debe contar con mecanismos que le permitan terminar con la corrupción en el marco de las relaciones administrativas.
6. Señala el Consejo de Estado que la moralidad administrativa se ha entendido como: *“el conjunto de principios, valores y virtudes fundamentales aceptados por la generalidad de los individuos, que deben informar permanentemente las actuaciones del Estado, a través de sus organismos y agentes, con el fin de lograr una convivencia libre, digna y*

¹⁵⁹ Consejo de Estado en sentencia 2004-00739 de marzo 24 de 2009

respetuosa, así como la realización de sus asociados tanto en el plano individual como en su ser o dimensión social¹⁶⁰.

7. La moralidad administrativa en relación con la antijuridicidad de la acción o de la omisión en que incurre el funcionario que ejerce función administrativa. Frente a este punto, encontramos que no basta con el incumplimiento de trámites, procedimientos y reglamentos establecidos normativamente para el ejercicio de la función pública para que se entienda que existe una vulneración a la moralidad administrativa como derecho colectivo. Para constatar esta vulneración se hace necesario que, adicionalmente, el comportamiento (acción u omisión) transgresor del ordenamiento sea de carácter antijurídico, esto es, que se constate en él la intención manifiesta por parte del funcionario de vulnerar los deberes propios de su cargo.

8. Pero además de los elementos antes expuestos, el Consejo de Estado agregó que, para que se pudiera concluir una vulneración de la moralidad administrativa como derecho colectivo es necesario que concurren los siguientes tres elementos¹⁶¹: a) La existencia de unos bienes jurídicos afectados con la conducta de quien ejerce la función administrativa; b) Una forma clara de afectación y c) una reacción jurídica necesaria frente a la lesión.
 - a) La existencia de unos bienes jurídicos afectados con la conducta de quien ejerce la función administrativa¹⁶².

Cuando del ejercicio de la función administrativa se deriva una afectación a la moralidad administrativa como derecho colectivo, los

¹⁶⁰ Consejo de Estado en sentencia 2004-00739 de marzo 24 de 2009

¹⁶¹ Consejo de Estado en sentencia 2004-00739 de marzo 24 de 2009.

¹⁶² Consejo de Estado en sentencia 2004-00739 de marzo 24 de 2009.

bienes jurídicos que resultan afectados en principal forma son: la negación de la corrupción, la ética y la buena fe. Para constatar esta violación debe atenderse a la vulneración de las normas que desarrollan el principio de moralidad administrativa, en primera instancia.

En este sentido, podría verificarse una violación a la moralidad administrativa con la simple constatación del quebrantamiento de una norma legal que desarrolle la misma como principio; no obstante, la mayoría de las veces ello no ocurre pues, aunque existiera dicha norma en el ordenamiento, se requiere que el juez en cada caso particular se encargue de interpretarla y efectúe un desarrollo argumentativo que permita acreditar la violación o amenaza al derecho colectivo, tomando como punto de partida el análisis de la relación entre la moralidad administrativa como principio y la respectiva norma.

b) La existencia de una forma clara de afectación¹⁶³.

Es necesario verificar y constatar la afectación a los bienes jurídicos asociados a la moralidad administrativa y en esta medida se requiere de una acción o materialización de la función administrativa como sucede con los actos, los contratos y en algunas ocasiones con las omisiones.

Cabe resaltar que esta verificación no tiene nada que ver con la calificación de dolo y culpa, las cuales se relacionan con la intención y diligencia de la conducta, y no con la forma como la misma se manifiesta.

El artículo 9° de la Ley 472 de 1998 relativo a la “procedencia de las acciones populares” desarrolló esta situación en la medida en que

¹⁶³ Consejo de Estado en sentencia 2004-00739 de marzo 24 de 2009.

establece que la acción popular como mecanismo de protección de derechos colectivos es viable en relación con acciones u omisiones de aquellas personas que ejercen función pública.

- c) La existencia de una reacción jurídica necesaria frente a la lesión¹⁶⁴.

Sólo debe desplegarse esta acción cuando la misma sea necesaria; y se encuentra en cabeza de los jueces que conocen de acciones populares por este concepto.

Cuando se trata de una omisión de un funcionario público o particular que ejerce función pública, tomar una medida puede no ser viable; lo mismo puede ocurrir cuando sólo se trate de una puesta en peligro o amenaza a la moralidad administrativa (no efectiva lesión).

Por tanto, será el juez quien, en cada caso particular, analice la necesidad de la medida y en caso de que la misma sea necesaria, debe emplear una medida suficiente para evitar la posible afectación o la vulneración con el fin de que las cosas vuelvan a su estado anterior. En el evento en que ello sólo sea posible a través de una declaratoria de nulidad de un acto o contrato, el juez debe proceder a hacerlo, *“porque solo así se haría efectiva la connotación subjetiva que se predica de la moralidad administrativa entendida como derecho o interés colectivo”*¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Consejo de Estado en sentencia 2004-00739 de marzo 24 de 2009.

¹⁶⁵ Consejo de Estado en sentencia 2004-00739 de marzo 24 de 2009

9. La moralidad administrativa en relación con la legalidad.

La moralidad administrativa se puede encontrar: 1) En una norma positiva, cualquiera que sea su carácter (Constitución, ley, reglamentos y en general cualquier norma del ordenamiento jurídico que se refiera a un precepto moral. 2) En los principios generales del derecho y en los concretos de una materia: ellos, desde una norma, ordenan actuar de un modo determinado; como los principios tienen un contenido menos preciso que las normas, vemos que estos son una fuente de la moralidad administrativa un poco menos precisa; no obstante, ello no quiere decir que sean una fuente menos concreta en relación con sus mandatos, y en ellos no se admite el capricho, aunque sí un amplio margen de valoración. 3) Y por fuera de las normas, pero al interior del comportamiento que la colectividad considera correcto y bueno en relación con las instituciones públicas y con todas aquellas personas que ejercen función pública; el juez en este caso debe valerse de la razón y del sentido común ético para calificar los comportamientos. *“Este lugar, más abstracto aún que el anterior, exige una ponderación superior, en manos del juez, de la conducta administrativa, a la luz de la ética pública”¹⁶⁶.*

Entonces, no toda ilegalidad conlleva la violación de la moralidad administrativa como derecho colectivo.

Para que ilegalidad conlleve a la violación de la moralidad administrativa, es preciso demostrar que la conducta en que incurre quien ejerce función pública fue realizada con miras al favorecimiento de intereses contrarios a los que debe inspirar la recta administración, esto es, que la acción u omisión constituyó una desviación de poder.

¹⁶⁶ Consejo de Estado en sentencia 2004-00739 de marzo 24 de 2009

BIBLIOGRAFÍA

Corte Constitucional, Sentencia T-008 de 1992.

Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992.

Corte Constitucional, Sentencia T-427 de 1992.

Corte Constitucional, Sentencia T- 437 de 1992.

Corte Constitucional, Sentencia T-528 de 1992.

Corte Constitucional, Sentencia T- 067 de 1993.

Corte Constitucional, Sentencia T-163 de 1993.

Corte Constitucional, Sentencia T-225 de 1993.

Corte Constitucional, Sentencia T-231 de 1993.

Corte Constitucional, Sentencia T-254 de 1993.

Corte Constitucional, Sentencia C-046 de 1994.

Corte Constitucional, Sentencia C-215 de 1999.

Corte Constitucional, Sentencia C-459 de 2004.

Corte Constitucional, Sentencia SU- 913 de 2009.

Corte Constitucional, Sentencia SU-881 de 2005.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 10022, 20 de Marzo de 1997.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 013, 17 de febrero de 2000.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 025, 23 de marzo de 2000.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 005, 31 de marzo de 2000.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 026, 7 de abril de 2000.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 028, 14 de abril de 2000.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 036, 18 de mayo de 2000.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 038, 18 de mayo de 2000.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 047, 1 de junio de 2000.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 119, 9 de noviembre de 2000.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 115, 30 de noviembre de 2000.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 156, 25 de enero de 2001.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 158, 25 de enero de 2001.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Auto AP 148, 1 de febrero de 2001.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 151 , 1 de febrero de 2001.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 008, 12 de febrero de 2001.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 170, 16 de febrero de 2001.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 0089, 3 de abril de 2001.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 52001 23 31 000 2000 0121 01, 20 de abril de 2001.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 076, Auto del 24 de mayo de 2001

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 166, 17 de junio de 2001.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 068, 5 de julio de 2001.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 123, 6 de julio de 2001.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 085, 19 de julio de 2001.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 1136, 23 de agosto de 2001.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 100, 24 de agosto de 2001.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 13001-23-31-000-2000-0005-01, 6 de septiembre de 2001.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 057, 6 de septiembre de 2001

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 163, 6 de septiembre de 2001.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Auto 25000-23-26-000-2000-0257-01, 5 de octubre de 2001.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 194, 9 de noviembre de 2001.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 102, 3 de diciembre de 2001.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 282, 6 de diciembre de 2001.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP-342, 28 de febrero de 2002.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 285, 21 de marzo de 2002.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 897, 4 de abril de 2002.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 0308, 3 de mayo de 2002.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 300, 31 de mayo de 2002.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 472, 28 de junio de 2002.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 098, 19 de julio de 2002.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 1768, 16 de agosto de 2002.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 575, 13 de septiembre de 2002.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 537, 26 de septiembre de 2002.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 612, 26 de septiembre de 2002.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 800, septiembre 26 de 2002.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 0744, 2 de octubre de 2002.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 059, 31 de octubre de 2002.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 518, 31 de octubre de 2002.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 2599, 29 de mayo de 2003.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Auto 250002326000 2002 0249 01, 16 de junio de 2003.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 73001-23-31-000-2002-0636-01, 24 de julio de 2003.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 90178, 28 de agosto de 2003.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 435, 4 de septiembre de 2003.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 25000-23-26-000-2002-01204-01, 9 de diciembre de 2003.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 446 , 22 de enero de 2004.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 70001-23-31-000-2002-00874-01, 5 de febrero de 2004.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 20020055901, 19 de febrero de 2004.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 02693, 2 de septiembre de 2004.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 571, 9 de septiembre de 2004.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 00336, 7 de octubre de 2004.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 2305-01, 4 de noviembre de 2004.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 2922, 11 de noviembre de 2004.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 03113, 26 de enero de 2005.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sentencia AP 00254, 10 de febrero de 2005.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 00454, 2 de junio de 2005.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 720, 2 de junio de 2005.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 7600 1233 1000 2002 01694-01, 23 de junio de 2005.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 250002325000200400787 01, 27 de julio de 2005.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 1588, octubre 5 de 2005.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 13001-23-31-000-2002-00135-01, 6 de octubre de 2005.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 00135, 6 de octubre de 2005.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 2214-01, 6 de octubre de 2005.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 01588, 24 de octubre de 2005.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 54001-23-31-000-2002-01944-01, 26 enero de 2006.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 52001-23-31-000-2004-02180, 26 de enero de 2006.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 190012331000200301594 01, 13 de febrero de 2006.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 66001-23-31-000-2004-00543-01, 2 de marzo de 2006.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 130012331000200300239-01, 16 de marzo de 2006.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 25000-23-25-000-2004-00938-02, 11 de mayo de 2006.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 25000-23-24-000-2004-00838-01, 25 de mayo de 2006.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 25000-23-25-000-2002-01089-01, 25 de mayo de 2006.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 2004-00833, 12 de octubre de 2006.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 01645-01, 26 de octubre de 2006.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 00690-01, 21 de febrero de 2007.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 640, 16 de abril de 2007.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 2002-2943, 16 de mayo de 2007.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 7300-12-33-1000-2004-00966-01, 17 de mayo de 2007.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 68001231500020030022801, 22 de agosto de 2007.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 2004-00009, agosto 30 de 2007.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 250002327000200401402 02 (acumulado con el 2004-01605), 5 de marzo de 2008.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 2005-00901, 6 de marzo de 2008.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 01415-01, 21 de mayo de 2008.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 2005-01423, 21 de mayo de 2008.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 2003-00618, 18 de junio de 2008.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 2004-01856, 1 de octubre de 2008.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 2003-00013, 29 de enero de 2009.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP 250002315000200301309-01, 25 de febrero de 2009.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 25000-23-25-000-2004-00739-02, 4 de Marzo de 2009.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 2004-00739, 24 de marzo de 2009.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 2003-01472, 15 de abril 15 2010.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 2004-01625, abril 22 de 2010.

Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia del 21 de febrero de 2007. C. P. Enrique Gil Botero, radicación: 25000-23-25-000-2005-00355-01.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 4 de septiembre de 2003 Sección Quinta.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 30 de enero de 2004, Sección Primera.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 31 de mayo de 2002 Sección Cuarta.

Decreto 2591 de 1991

Ley 1425 de 2010 (29 de diciembre)

Ley 1437 de 2011

Ley 393 de 1997

Ley 472 de 1998

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA (1991)

GACETA DEL CONGRESO No. 167, Año VI, miércoles 28 de mayo de 1997,
Senador Ponente Héctor Helí Rojas J.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Reflexiones sobre la ley y los principios
generales del derecho. Madrid: Editorial Civitas S.A. 1986.

HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier E. La presunción de legalidad de los actos
administrativos y de validez de los contratos estatales en las acciones populares.
Instituto Antioqueño de responsabilidad civil y del Estado, octubre de 2001.

HERNÁNDEZ, Alier. Las acciones...

LARENZ, Karl. Derecho justo, fundamentos de ética jurídica. Madrid: Editorial
Civitas. 1993.

ORDÓÑEZ MALDONADO, Alejandro. La acción popular.

OVALLE Favela, José. Las Acciones Populares. Disponible en:
<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1855/25.pdf>.

PERIÓDICO ÁMBITO JURÍDICO. Del 17 al 30 de enero de 2011, del 14 al 27 de febrero de 2011, del 28 de febrero al 13 de marzo de 2011 y del 28 de marzo al 10 de abril de 2011.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil. 1ª edición. Medellín: Editorial Diké, 2001.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Acciones populares.

<http://www.monografias.com/trabajos28/legitimacion/legitimacion.shtml>